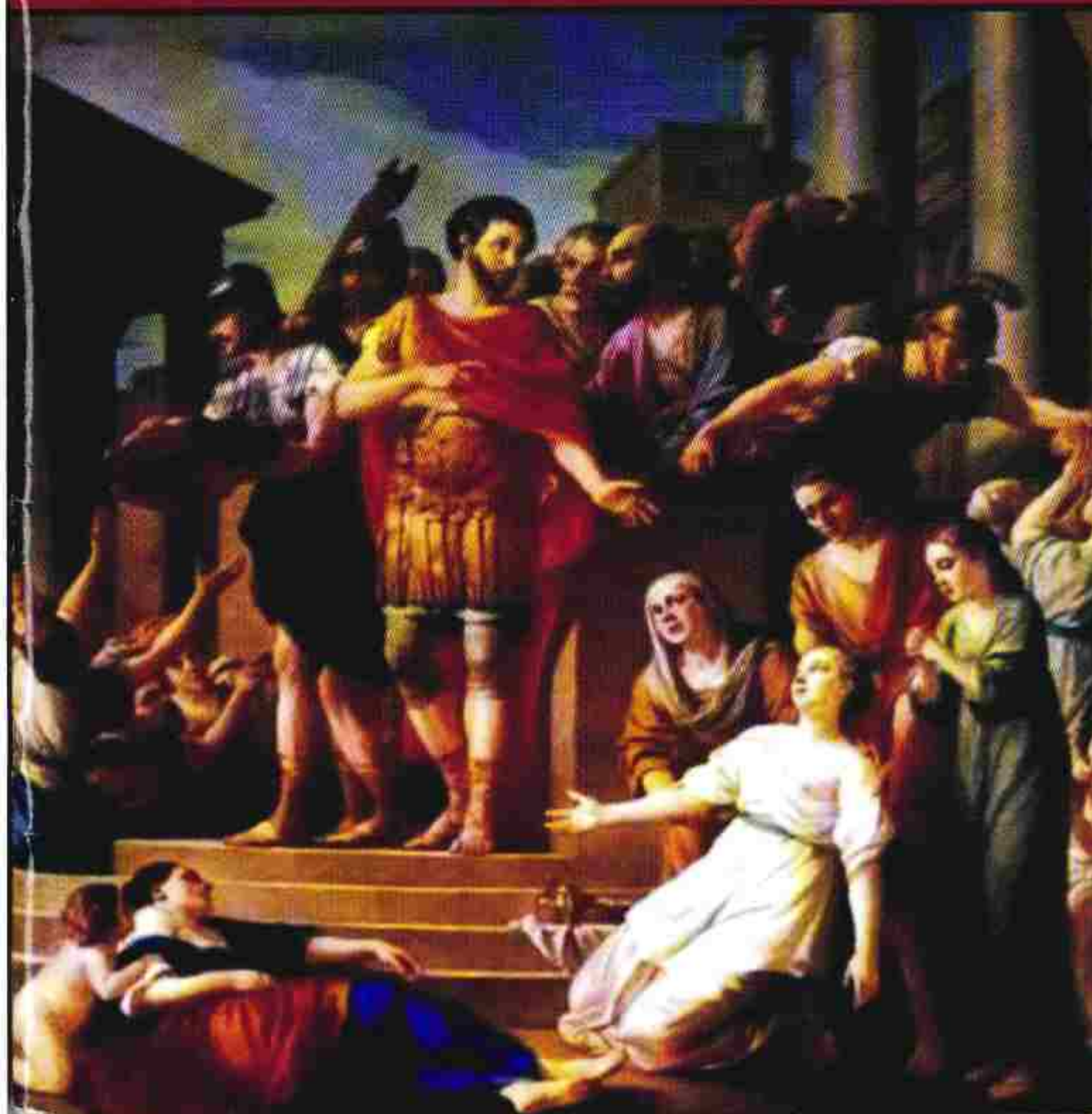


# Ad Verbum

REVISTA DE LA  
CORTE SUPERIOR  
DE JUSTICIA  
DEL CALLAO

AÑO VI - N° 08 - DICIEMBRE 2010





# sumario

- 1** editorial
- 3** derecho civil
- 4** La Reparación Civil y Delitos  
A más de 25 años de Código Civil Peruano  
*Felipe Osterling Parodi*
- 7** Principios procesales del Proceso Civil  
*Victor Roberto Obando Blanco*
- 17** derecho penal
- 18** El Principio de Proporcionalidad como criterio para controlar la constitucionalidad de los tipos penales y las penas  
*César Hinostroza Pariachi*
- 22** El dilema social del Pandillerismo  
*Daniel Adriano Peirano Sánchez*
- 26** La importancia de un nuevo Código Penal  
*Carlos Zecenasro Matius*
- 28** La Autoría y la Complicidad en el Código Penal Peruano: Lineamientos  
*José Urquiza Olaechea*
- 33** Maldita criminalidad  
*Miguel Pérez Arroyo*
- 36** La Discrecionalidad del Juez en la concesión de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional según el Tribunal Constitucional peruano  
*Jorge A. Pérez López*
- 39** procesal penal
- 40** El Derecho a la no Incriminación y la Intervención Corporal  
*Williams Abel Zavala Mata*
- 43** Los Alcances del Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116:  
*Miguel Ángel Girao Isidro, Lyceffi L. F. Sánchez Ponce*
- 47** derecho de familia
- 48** El Régimen de Visitas y su Ejecución en los Procesos de Familia  
*Sonia Váscones Ruiz*
- 51** La Indemnización al Cónyuge Perjudicado Ex Artículo 345-a del Código Civil y el principio dispositivo  
*Madeleine Ildelfonso Vargas*
- 55** Implicancias del Principio de Igualdad en la Convención sobre los Derechos del Niño en relación al trabajo Infantil  
*Margott Guadalupe Páucar Espinoza*
- 59** derecho laboral
- 60** Comentarios a la Ley Procesal del Trabajo  
*Juan Monroy Gálvez*
- 67** derecho judicial
- 68** La Reforma Judicial que el Perú necesita  
*Francisco Chirinos Soto*
- 71** temas varios
- 72** Ámbito de Aplicación de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N.º 1071)  
*Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya*
- 75** El juicio de la historia  
¿Hasta que punto resulta válido sustraer de la condena de los tribunales hechos formalmente considerados aun hoy delitos?  
*Néstor Palomino Cotrina*
- 77** entrevista
- 78** "La memoria es frágil"  
Entrevista al Dr. Salomón Lerner Febres  
*Néstor Palomino Cotrina*

Ad  
Verbum

REVISTA DE LA  
CORTE SUPERIOR DE  
JUSTICIA DEL CALLAO

*En un mundo competitivo de las publicaciones jurídicas, la revista Ad Verbum editada por la excelentísima Corte Superior de Justicia del Callao, viene abriéndose paso con sus publicaciones periódicas marcadas por su rigurosidad académica y profesionalidad, característico de publicaciones de alcance nacional e internacional, al tiempo que muestra su preocupación por el desarrollo de la Ciencia del Derecho acorde a las nuevas tendencias legislativas y doctrinales aplicables en el derecho vivo, esto es, el derecho de los tribunales de justicia; para ello recoge las opiniones de principales juristas del medio y los actores jurídicos.*

*Esta es una revista de corte doctrinario-jurisprudencial, cuyo contenido extenso comprende el desarrollo de temas trascendentales de las distintas ramas del Derecho. En esta Octava Edición se abarca opiniones de juristas, magistrados, catedráticos y trabajadores del Poder Judicial, siguiendo la línea iniciada mucho tiempo atrás, por los juristas Toribio Pacheco y José Ciriaco en la edición de la revista «Reportero Judicial», de 1864, que según nuestro insigne historiador Jorge Basadre fue la primera publicación sistematizada de Derecho Judicial.*

*En esta oportunidad, la Corte Superior de Justicia del Callao mediante esta publicación, ofrece a la comunidad jurídica en general una herramienta que permite que el derecho sea dinámico a través del debate de opiniones autorizadas, garantizando un examen minucioso con rigor crítico en su elaboración y redacción, mediante los cuales el lector adquiere valiosa información de las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales de las distintas ramas de la Ciencia del Derecho.*

*César Hinojosa Pariachi  
Presidente de la  
Corte Superior de Justicia del Callao*

**Director**

Dr. César Hinostroza Pariachi

**Comité Editorial**

Dr. César Hinostroza Pariachi

Dr. Daniel Peirano Sánchez

Dr. César Castañeda Serrano

Dr. Víctor Obando Blanco

Dr. Víctor Arbulú Martínez

Dr. Néstor Palomino Cotrina

Lic. Gino Villafuerte Cotrina

**Diseño y Diagramación**

Luis Enrique Barba Paredes

**Impresión**

Punto & Gráfica S.A.C.

Av. Del Río N° 113 - Pueblo Libre

**Carátula:**

Pintura: El Emperador romano

Marco Aurelio



La revista no se identifica necesariamente con los artículos y opiniones que se publican.

*Ad Verbum*

AÑO VI - N° 8 - DICIEMBRE 2010

Ad Verbum Es una publicación de la Corte Superior de Justicia del Callao

Av. Dos de Mayo cdra. 5 s/n - Callao

Central Telefónica: 410-0303  
Depósito Legal : 2005-5863

*Ad* REVISTA DE LA  
CORTE SUPERIOR DE  
JUSTICIA DEL CALLAO  
*Verbum*





DERECHO CIVIL

# A más de 25 años del Código Civil Peruano



Por  
*Felipe Osterling Parodi \**

**E**l 14 de noviembre último el Código Civil peruano de 1984 cumplió 25 años de la fecha en que entró en vigencia.

No obstante las numerosas innovaciones tecnológicas que surgen de día en día, el Código de 1984 conserva actualidad plena y ha gobernado durante los últimos veinticinco años, sin tropiezo alguno, la vida de las personas desde el momento de su concepción, así como las consecuencias jurídicas que origina su fallecimiento.

Estamos pues regidos necesariamente -aun cuando no sea perceptible- por las normas civiles previstas por dicho Código.

Es por ello que bien vale la pena en esta ocasión revisar sintéticamente la génesis del Código Civil peruano de 1984.

Por Decreto Supremo de primero de marzo de 1965 se constituyó la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil de 1936. Aunque este Código aún no había cumplido treinta años de vigencia, el grupo de ilustres juristas y maestros

universitarios integrantes de la Comisión optó no por preparar una ley de enmiendas, sino por la ardua y difícil tarea de redactar el proyecto de un nuevo Código Civil. Varias razones determinaron tal decisión.

En primer término, que la ley civil pusiera el mayor énfasis en los derechos de la persona humana y no en el patrimonio. Es cierto que un Código Civil contiene con frecuencia normas que se ciñen primordialmente a los aspectos patrimoniales, porque su naturaleza así lo exige. Pero también es verdad que esas mismas normas, con frecuencia, pueden poner énfasis en los derechos de la persona humana. En síntesis, se quería lograr un Código inspirado en el más profundo humanismo.

Era preciso, por otra parte, adaptar la ley civil a las nuevas realidades sociales, políticas y económicas de nuestra patria, muy distintas a las que prevalecían en 1936.

El Código vigente en aquella época, redactado por una pléyade de juristas y maestros insignes, era, a juicio de la Comisión, lacónico, excesivamente

\* Doctor en Derecho y abogado en ejercicio. Socio principal del Estudio Gstarling S.C., profesor principal de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición, fue ponente del Libro VI sobre Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Senado y del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ex Presidente de la Academia Peruana de Derecho y actual académico de número. Autor de numerosas obras y artículos de Derecho.

lacónico. Numerosas normas de ese Código solo estaban al alcance de jueces y abogados y, ocasionalmente, de juristas especializados en la materia. El Código de 1936 fue técnico y virtuoso, pero a menudo inalcanzable —debido a la parquedad de sus preceptos— por las personas cuyos derechos y obligaciones él regula. Se había producido un contraste entre las reglas explícitas y pedagógicas del Código Civil de 1852 y las normas técnicas y sobrias del Código Civil de 1936. La Comisión deseó buscar un justo equilibrio entre ambos Códigos. Es verdad que la ley civil no se configura como un tratado o manual de Derecho. Pero ello no significa que sus preceptos solo puedan estar al alcance de unos pocos. Aquí recogemos el apotegma del eminente Manuel Augusto Olaechea, uno de los autores del Código de 1936, quien expresaba que la ley debía enseñar.

Por último, cuando la Comisión, en 1979, preparaba el proyecto final del nuevo Código, luego de amplios diálogos y debates, de extensas reuniones, de éxitos y de sinsabores, se promulgaba la Constitución Política que entró en plena vigencia el 28 de julio de 1980. Algunos preceptos constitucionales exigieron la adaptación de determinadas normas del proyecto a ellos.

Aquí estoy relatando mis propias vivencias, ya que tuve el honor de asumir la presidencia de la Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil a principios de la década del setenta y de desempeñar ese cargo hasta la promulgación del nuevo Código, el 24 de julio de 1984. Por un inmerecido privilegio del destino, el Proyecto de Código Civil fue presentado a los Presidentes de los Poderes Públicos en julio de 1981, cuando desempeñaba la función de Ministro de Justicia.

La Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil trabajó intensamente, pocos meses después de la presentación del proyecto de Código Civil y hasta su promulgación, con una Comisión Revisora que se constituyó por ley del Congreso de la República, la que estuvo integrada por distinguidos juristas que representaron al Senado de la República, a la Cámara de Diputados y al Ministerio de Justicia.

Vale aquí la pena dejar constancia expresa de que pocas veces en el Perú ha tenido tanta difusión un proyecto de ley —el proyecto de Código Civil— y la ley misma —el Código Civil de 1984—. No ha habido foro, llámese Poder Judicial, Universidades, Colegios de Abogados, medios de comunicación social o, en general, instituciones vinculadas al conocimiento, estudio y difusión de las Ciencias Jurídicas, al que no hayan concurrido, y lo continúen haciendo, quienes tuvieron el honor de forjar el nuevo Código Civil. Invariablemente han participado en esos foros con esfuerzo, con talento,



*“...las grandes influencias en el Código Civil vigente de 1984 han sido los dos Códigos Civiles que ha tenido el Perú de 1852 y 1936...”*

con amor por el Derecho y, por cierto, con no pocas incomprendiones.

Cabe aquí anotar que los preceptos del Código Civil de 1936 se inspiraron básicamente en las normas del Código Civil peruano de 1852 y en su fuente más importante, el Código Napoleón, así como en los Códigos Civiles español y argentino, en el Código alemán de 1900, en los Códigos suizo y brasileño de 1916, y en el Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y Contratos.

Para la redacción del Código Civil de 1984 también fueron tomadas en cuenta las normas de otros Códigos Civiles, proyectos y anteproyectos, tales como los Códigos Civiles italianos de 1865 y 1942; los Códigos Civiles austríaco, boliviano, colombiano, chileno, chino, dominicano, ecuatoriano, egipcio, etíope, filipino, griego, hondureño, húngaro, libanés, mejicano, polaco, portugués, portorriqueño, ruso, salvadoreño, uruguayo y venezolano; el proyecto de Código Civil peruano de 1890, el proyecto checoslovaco; el proyecto holandés, el proyecto Mazeaud, el proyecto Rojina de Reformas al Código Civil mejicano, el proyecto Toro de Código Civil boliviano y el proyecto Sánchez de Bustamante de Código Civil cubano; el anteproyecto brasileño de Código de las Obligaciones y el anteproyecto Ossorio de Código Civil boliviano.

Por lo demás, e ingresando a mayores precisiones, mencionamos que los antecedentes nacionales del Código Civil de 1984 son los siguientes:

- i) Código de la Confederación Perú Boliviana o Código Santa Cruz de 1836, que tuvo una eventual vigencia durante pocos meses y que luego fue expresamente derogado.
- ii) El proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1836.
- iii) El Código Civil de 1852, que puede considerarse el primer Código latinoamericano, con excepción de los Códigos Civiles de Bolivia y Haití que prácticamente eran copia del Código Napoleón o Código francés de 1804.

Este Código contenía un título preliminar y tres libros sobre personas (personas y familia), cosas (derechos reales y derecho de sucesiones), y obligaciones y contratos (muy bien lograda la parte referente a la extinción de las obligaciones, mas no las modalidades de las obligaciones que se encontraban entrelazadas con los contratos).

- iv) Proyecto de 1890.
- v) Código Civil de 1936 que constaba de un título preliminar y de cinco libros sobre personas, familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones y contratos.

Todos estos antecedentes peruanos dieron origen al Código Civil de 1984 que consta de un título preliminar y de diez libros sobre personas, acto jurídico, familia, sucesiones, derechos reales, obligaciones, fuentes de las obligaciones, prescripción y caducidad, registros públicos y derecho internacional privado.

A su turno, los más importantes antecedentes de la legislación extranjera para formular el Código Civil de 1984 fueron los siguientes:

- i) El Derecho Romano en el que se alcanzó un alto grado de sabiduría en todo lo relativo a obligaciones y contratos. Justiniano, como emperador romano de oriente en el siglo VI después de Cristo, dio a luz notables piezas jurídicas como el Corpus Iuris Civilis o las Institutas.

Luego de la decadencia del Imperio Romano, el Derecho Romano prácticamente desapareció, ya que se aplicaba únicamente en el Palatino de Roma, esto es en lo que podía considerarse como la Roma cuadrada.

- ii) Entre los siglos XVI y XVIII surgen fundamentalmente las doctrinas de Dumoulin, D'Argentre, Domat y Pothier que dan origen al Código francés de 1804 o Código Napoleón, que sustituye a las Costumbres que estaban vigentes en Francia.

Fueron autores del Código Napoleón Tronchet, Bigot de Préameneu, Portalis y Maleville. Para Napoleón era un instrumento de poder y él lleva su nombre debido a que de las ciento dos sesiones que tuvieron sus autores Napoleón dirigió cincuenta y siete.

El Código Napoleón tuvo una influencia determinante en todos los Códigos del siglo XIX y desde luego en el Código Civil peruano de 1852.

- iii) En el año 1900 entra en vigencia el Código Civil alemán, el mismo que no obstante la influencia del Código Napoleón, tuvo una personalidad propia pues él se promulgó cuando se encontraban en pleno auge en Europa las escuelas sociales y socialistas.
- iv) En 1922 se constituyó la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, que dio origen al Código Civil de 1936. Durante este último año la Comisión Reformadora trabajó el Proyecto de Código Civil conjuntamente con una Comisión Revisora que había nombrado el Poder Ejecutivo.
- v) El Código Civil peruano de 1984 tuvo la influencia de todas las legislaciones que se han mencionado, pero de una adicional: el Código Civil italiano de 1942.

Podemos afirmar, en síntesis y reiterando conceptos, que las grandes influencias en el Código Civil vigente de 1984 han sido los dos Códigos Civiles que ha tenido el Perú de 1852 y 1936, y los tres grandes monumentos legislativos civiles que hoy continúan vigentes, esto es el Código francés o Código Napoleón de 1804, el Código Civil alemán de 1900 y el Código Civil italiano de 1942.

El Código Civil de 1984, en suma, no destruye el rico pasado jurídico del Perú, ni disuelve o modifica sustancialmente sus instituciones; trata, simplemente, de perfeccionar el Código Civil de 1936 y de enriquecerlo con la experiencia de los cuarenta y ocho años que transcurrieron desde que entró en vigor. A ello obedecen los cambios e innovaciones que en él se incorporan.

Finalizo estas notas sobre la ley civil vigente en el Perú, expresando que el Código de 1984 ha tenido ligeras alteraciones desde su promulgación, pero que ellas en nada han cambiado la esencia de las normas en él consignadas y que hoy nos rigen con pulcritud.



# Principios procesales del Proceso Civil



Por  
Víctor Roberto Obando Blanco\*

## Resumen:

Los principios procesales constituyen la herramienta de interpretación del Código Procesal Civil, clasificándose en principios procesales de orden constitucional y en principios procesales propios del proceso civil. Entre ellos podemos encontrar al de dirección o autoridad del juez, que ubica a este último en su función de protagonista principal del proceso, con facultades decisorias sobre cualquier tema; los principios de irradiación y concentración, las mismas que buscan que el juez tenga el mayor contacto posible con las partes del proceso y que este se desarrolle en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de actos procesales; los principios de moralidad, economía y celeridad, que buscan la concreción de los valores éticos en el proceso y el llegar al fin lo antes posible y sin violaciones a los derechos esenciales; el principio de socialización del proceso, a través del cual el juez debe impedir que las desigualdad en que las partes sea un factor determinante en los actos procesales; los principios de vinculación y formalidad o elasticidad, ante la aptitud del juez de adecuar la exigencia de cumplir con los requisitos procesales a los fines del proceso; el principio de iura novit curia, por el cual el juez tiene el deber-poder de proporcionar el derecho que corresponda al proceso; y, el principio de iniciativa procesal y conducta procesal, por el cual se exige que quien ejerce su derecho de acción posea interés y legitimidad para obrar.

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto y clasificación. 3. Principio de dirección o de autoridad del juez. 4. Principios de intermediación y de concentración. La técnica de la oralidad. 5. Principios de moralidad, de economía y de celeridad. 6. Principio de socialización del proceso. 7. Principios de vinculación y formalidad o elasticidad. La Norma Procesal. 8. Principio iura Novit Curia. 9. Principios de iniciativa de parte y de conducta procesal. 10. Procedimiento. Clasificación. Incidentes.

## 1. INTRODUCCIÓN

La finalidad del proceso consiste en la realización del derecho, lo cual no es un interés privado de las partes, sino un interés público del Estado. La importancia del estudio de los principios procesales radica en que constituye la herramienta de interpretación del Código Procesal Civil (en adelante CPC). Para el caso peruano, el CPC se alinea a una

concepción publicística del proceso, que considera que lo trascendente en él es la función pública que cumple el Estado a través de su órgano jurisdiccional.

El proceso, como también el procedimiento, se rige, en general, por diferentes principios. Los principios de orden constitucional se encuentran previstos por el artículo 139<sup>o</sup> de la Constitución Política. Los principios procesales propios del proceso civil se encuentran

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Maestría en Derecho Civil y Comercial, en la misma Universidad. Juez Civil Titular del Callao, Juez Superior provisional de la Primera Sala Civil del Callao, Profesor de Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima e Inca Garcilaso de la Vega, Profesor Principal y Asociado de la Academia de la Magistratura, Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

# Principios procesales

Id	PRINCIPIOS DE ORDEN CONSTITUCIONAL	DERECHOS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO JUDICIAL
1	<b>Unidad y exclusividad de la función jurisdiccional</b>	<b>Derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva):</b> derecho de acceso a la justicia, derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, derecho a una resolución fundada en derecho (criterios jurídicos razonables, sistema de fuentes), etc.
2	<b>Independencia</b>	
3	<b>Imparcialidad</b>	
4	<b>Contradictorio</b>	<b>Derecho de defensa</b>
5	<b>Obligatoriedad de los procesos establecidos por ley. Principio de Legalidad (Art. 139 inc. 3 de la Constitución)</b>	<b>Derecho al debido proceso:</b> derecho de defensa, derecho a la prueba, derecho a la impugnación con arreglo a ley, derecho a una debida motivación, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc.
6	<b>De prohibición de avocamiento</b> (corolario del principio de independencia del Juez a la Constitución y a la Ley).	
7	<b>De motivación</b> (Garantía del justiciable)	
8	<b>Cosa Juzgada (Relativo)</b>	
9	<b>Publicidad</b>	<b>Derecho a la doble instancia o doble grado</b>

previstos por el Título Preliminar del CPC.

El segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del CPC constituye la norma más importante de todo el cuerpo legislativo, al haber optado por conceder al juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas, en base a ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido de estos, consistente en recurrir inicialmente a los principios generales del derecho procesal y, luego, a la doctrina y a la jurisprudencia, respectivamente. En estricto, lo que el juez interpreta no es la norma sino el derecho procesal.

Anota el profesor Juan Monroy Gálvez que es indispensable que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso.

Como cuestiones previas al tema, debe tenerse presente la diferencia que existe entre enunciado normativo, norma y principios. El enunciado normativo es la expresión en un lenguaje bien configurado, apta para interpretarse en sentido normativo. El enunciado normativo define la conducta y la consecuencia. La norma es el contenido de significado normativo que, según cierta interpretación, puede recabarse de un enunciado. Los principios son reglas interpretativas, orientación metodológica y base teleológica (fin). Los principios tienen como funciones: inspirar al legislador, integrar las lagunas existentes, interpretar la norma

## 2. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

Los principios procesales vistos en su conjunto y al interior de un ordenamiento sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además para poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado. Los principios procesales acogidos en un Código son expresiones de una determinada tendencia. El maestro Juan Monroy Gálvez al respecto propone una interpretación creativa de los principios, que los haga concordar con los valores vigentes de la sociedad y en su dinámica en un momento histórico determinado. El mismo autor distingue dos subespecies: a) Los principios del proceso son aquellos indispensables para la existencia de un proceso, sin ellos este carecería de elementos esenciales para ser admitidos como tal; y, b) Los principios del procedimiento son los que caracterizan e identifican la presencia de un determinado sistema procesal.

Por su parte, el maestro sanmarquino Jorge Carrón Lugo en su obra "Tratado de Derecho Procesal Civil" clasifica los principios procesales que rigen el proceso civil peruano en: a) Principios procesales con rango constitucional, señalando aquellos que se encuentran previstos en el artículo 139° de la Constitución Política, asimismo el debido proceso como derecho y principio procesal y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; y, b) Principios procesales con rango legal, señalando aquellos principios propios del proceso civil que se encuentran regulados en el Título Preliminar del CPC. El mismo autor hace una mención aparte de los principios procesales no consignados en dispositivo legal concreto, pero

reconocidos por el ordenamiento procesal civil, como ocurre con el principio de preclusión procesal denominado también principio de eventualidad y el principio de adquisición procesal.

Por nuestra parte, diremos que los principios procesales se clasifican: a) Los principios procesales de orden constitucional, los mismos que se encuentran previstos por el artículo 139° de la Constitución Política: principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, principio de independencia, principio de imparcialidad, contradictorio, obligatoriedad de los procesos por ley (principio de legalidad), principio de prohibición de avocamiento (corolario del principio de independencia del juez a la Constitución y a la ley), principio de motivación (garantía del justiciable), principio de cosa juzgada (relativo), principio de publicidad; y, b) Los principios procesales propios del proceso civil, los mismos que se encuentran previstos por el Título Preliminar del CPC. Además deberá destacarse los derechos constitucionales en el proceso judicial: derecho fundamental a la tutela jurisdiccional (efectiva), derecho de defensa, derecho al debido proceso, derecho al doble grado.

### 3. PRINCIPIO DE DIRECCIÓN O DE AUTORIDAD DEL JUEZ

El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Civil regula el **principio de dirección del proceso o principio de autoridad**, cuyo interés es ubicar al juez en su función de protagonista principal del proceso, con facultades decisorias sobre cualquier tema. Señala Monroy Gálvez<sup>1</sup>: "El Principio de Dirección del proceso es la expresión del sistema procesal publicístico, aquél aparecido junto con el auge de los estudios científicos del proceso, caracterizado por privilegiar el análisis de éste desde la perspectiva de su función pública, es decir, como medio a través del cual el Estado hace efectivo el derecho objetivo vigente, concretando de paso la paz social en justicia".

En la doctrina procesal se destaca lo expuesto por el maestro Mauro Cappelletti:

- a. La postergación del dogma sostenido en el principio dispositivo se debe a la priorización de la dirección material del proceso (en oposición al criterio de dirección formal) con la cual el magistrado; una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo y el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatorias de alguna de las partes.
- b. Ambos temperamentos, como vemos, enfrentan el concepto de "pertenencia" del proceso; para los primeros, el litigio es una cosa privada, en tanto los segundos se definen como publicistas, desprivatizando el objeto del proceso.
- c. El mecanismo inicialmente expuesto acentúa un criterio

*Anota el profesor Juan Monroy Gálvez que es indispensable que el juez advierta que los principios son pautas orientadoras de su decisión, en tanto este los somete al cotejo con las necesidades y los intereses sociales al tiempo de su uso.*

liberal e individualístico, "en el cual todo se deja a iniciativa de las partes privadas; ya sea la determinación del objeto del proceso y del juicio, ya sea el impulso mismo procesal y probatorio". En cambio, agrega Cappelletti<sup>2</sup>, "el segundo es el sistema de inspiración más publicística, en el cual el Juez tiene poderes de intervenir, sin embargo, sobre el objeto deducido en juicio que queda sometido a la voluntad exclusiva y monopolística de las partes".

El primer deber del juez es la calificación de la demanda pronunciándose sobre su admisibilidad y procedencia (artículos 426° y 427°) y en su oportunidad respecto a la reconvencción, más propiamente contrapretensión, objeto material del proceso que se dirige a la parte contraria (artículo 445°). Debemos destacar el desarrollo relativo a los orígenes o antecedentes en el derecho comparado de los artículos 426° y 427° del Código Procesal Civil, como es el caso del Código brasileño de 1939 (artículo 160°), a decir también de los autores del Proyecto de Código Tipo para Iberoamérica (inciso 1 del artículo 33°), en el fin de sofocar desde su nacimiento las pretensiones fatalmente condenadas al fracaso, en definitiva, en el inútil dispendio de actividades procesales.

El rechazo liminar de la demanda se encuentra condicionado a la "manifiesta" improcedencia, por cuanto tiene que aparecer con toda claridad, sin dejar dudas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la calificación de la demanda es facultad del juez analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda, no corresponde ser rechazada basada en la presentación y análisis de las pruebas ofrecidas, que implica un pronunciamiento sobre el fondo, lo que no es propio de una resolución que liminarmente declara la improcedencia de la demanda.

El principio de impulso procesal por parte del juez es una manifestación concreta del principio de dirección, consiste en la facultad que se concede al juez para conducir y hacer avanzar autónomamente el proceso a la consecución de sus fines, esto es, sin necesidad de intervención de las partes. Es de advertir sin embargo, que el impulso procesal a cargo del juez, no descarta ni reduce la importancia de la actividad de las partes, como naturales impulsores del proceso.

1 Monroy Gálvez, Juan, "Los Principios Procesales en el Código Procesal Civil de 1992". En: Revista Themis, N° 25, Lima, Abril, 1993, pág. 38.

2 Cappelletti, La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil, Buenos Aires, Ejea, 1972, pág. 123-130; citado por Osvaldo Alfredo Gozaini, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Teoría General del Derecho Procesal, 1992, pág. 269-270.

El supuesto de aplicación de actuación de medios probatorios de oficio regulado por el artículo 194° del CPC es la insuficiencia de medios probatorios ofrecidos por las partes para formarse convicción sobre la materia controvertida, ya que ante la total ausencia de medios probatorios el juez debe aplicar las reglas de carga de la prueba (improbanza de la pretensión procesal, artículo 200° del CPC), esto es, la actividad de probar le corresponde a las partes y el juez sólo la complementa en caso que lo considere adecuado. Las pruebas de oficio no son útiles para sustituir a las partes. Nuestro CPC omite en el diseño de aplicación de la prueba de oficio la limitación sobre la iniciativa probatoria del juez; por lo que esta omisión puede ser subsanada mediante una interpretación sistemática con los artículos 188° y 190° del CPC, que regulan la finalidad, pertinencia e improcedencia de los medios probatorios; como resultado de la labor de interpretación jurisprudencial. Asimismo, la concordancia con el artículo 51° numeral 2 del Código que establece: "Los jueces están facultados para: (...) 2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes". Si el juez decide ejercer dicho poder discrecional (rol probatorio subsidiario), debe garantizar el derecho al contradictorio y el derecho a la prueba de las partes. Es conveniente disponer normativamente –en una reforma procesal– la limitación del poder de ordenar pruebas a las fuentes probatorias que ya existen en los autos, que evite poner en peligro la debida imparcialidad judicial, debiendo establecerse además, "respetando el derecho de defensa de las partes". No se podrá utilizar fuentes ajenas al proceso sino que ya consten en la causa.

En el segundo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil ha optado por conceder al Juez la posibilidad de cubrir los vacíos o defectos en la norma procesal, es decir, las lagunas, en base a ciertos recursos metodológicos y a un orden establecido de éstos, consistente en recurrir inicialmente a los principios generales del derecho procesal y, luego, a la doctrina y a la jurisprudencia, respectivamente. Constituye la norma más importante de todo el cuerpo legislativo. Dicho numeral debe concordarse con el artículo 50° inciso 4 del mismo cuerpo legal, cuando establece como deber del juez en el proceso: "Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia".

#### 4. PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y DE CONCENTRACIÓN, LA TÉCNICA DE LA ORALIDAD

El principio de inmediatez es tal vez el más importante dentro de un sistema publicístico, y tiene por finalidad que el juez tenga el mayor contacto posible con las partes del proceso y el elemento material del proceso, para que así tenga una configuración del contexto real del conflicto de intereses o incertidumbre subyacente en el proceso judicial. El Código sanciona con nulidad la infracción de este principio al disponer que las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad.



Durante el medioevo y hasta fines del siglo XVIII se consideró como pertinente y adecuado precisamente lo contrario de lo que ahora se postula con el principio de inmediación. Se estimó mantener al juez alejado de los protagonistas del conflicto.

El CPC ha optado por regular el principio de Inmediación. Al hacerlo, ha privilegiado también la técnica de la oralidad, es decir, el medio o instrumento a través del cual se produce el contacto entre el juez y los protagonistas directos o indirectos del proceso, así como con los hechos materiales que interesan al conflicto real que subyace en el proceso judicial. La inmediación en su acepción más útil para la obtención de los fines del proceso se define como el contacto directo del juez con las partes y, en consecuencia, con los aspectos más importantes del conflicto de intereses que debe resolver.

La oralidad no significa la erradicación absoluta de la forma escrita que da más precisión y seriedad tanto a la demanda como a sus elementos esenciales, y asimismo a las argumentaciones jurídicas. Apreciada en la práctica, es una técnica al servicio de la inmediación que se manifiesta a través de las audiencias previstas en el sistema del CPC, que ha ido perdiendo estructura por las modificaciones efectuadas mediante Ley 29057 de fecha veintinueve de junio de dos mil siete y Decreto Legislativo 1070 de fecha veintiocho de junio de dos mil ocho.

El principio de concentración es una consecuencia lógica del principio de inmediación, también está al servicio de la inmediación. Este principio tiende a que el proceso se desarrolle en el menor tiempo posible y con la menor cantidad de actos procesales. La acumulación de actos procesales bajo la forma de audiencias, otorgará al juez en presencia personal y directa con las partes, una visión de conjunto del conflicto que va a resolver. Resulta imprescindible regular y limitar la realización de actos procesales, promoviendo la ejecución de estos en momentos estelares del proceso. Este principio encuentra su máxima expresión en el proceso sumarísimo, donde en una audiencia única se lleva a cabo el saneamiento procesal, la conciliación, la fijación de puntos controvertidos, la admisión de los medios probatorios, la actuación de los medios probatorios y la sentencia.

## 5. PRINCIPIOS DE MORALIDAD, DE ECONOMÍA Y DE CELERIDAD

El principio de moralidad sólo puede ser controlado por quien dirige el proceso. El sistema publicístico ha reivindicado para el derecho la necesidad de que el comportamiento ético de los participantes en un proceso se adecue a su rol social, quienes deben orientarse a los valores éticos como la lealtad, la veracidad y la buena fe. Es común en la actualidad referirse a la moralización del proceso.

En lo que respecta al principio de economía, son muchas

las instituciones del proceso que tienen como objeto hacer efectivo este principio. Es el caso del abandono o de la preclusión.

La parte final del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Civil está referida al principio de celeridad, éste es la expresión concreta de la economía por razón de tiempo, que comprende la urgencia de tutela judicial en plazo razonable. Implica una economía de tiempo, gastos y esfuerzos.

Observa el maestro Juan Monroy Gálvez<sup>3</sup>: "(...) La lucha contra la duración exagerada de los procesos no consiste en concebir que 'todo vale' para obtener el objetivo. Su éxito, entre otras razones, se entenderá conseguido en la medida en que las partes no soporten una afectación a la gama de derechos que configuran el llamado debido proceso. Si algún conflicto de intereses, por ejemplo, tiene una complejidad natural, imponer su trámite dentro de una vía procedimental sumarísima, implicará una afectación del legislador a la tutela procesal efectiva. La idea es, entonces, llegar al fin lo antes posible pero llegar bien, sin violaciones a derechos esenciales en el camino. Así debe entenderse el Principio de celeridad procesal"

## 6. PRINCIPIO DE SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO

El principio de socialización del proceso consagrado en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Civil prescribe que "el Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso". Alienta un medio esencial para que el juez pueda llenar la brecha entre la ley y la realidad. Su contenido comprende la efectiva igualdad de las partes. El juez debe impedir que la desigualdad en que las partes concurren al proceso sea un factor determinante para que los actos procesales o la decisión final tengan una orientación que repugne al valor "justicia".

## 7. PRINCIPIOS DE VINCULACIÓN Y FORMALIDAD O ELASTICIDAD, LA NORMA PROCESAL

En el ordenamiento procesal podemos encontrar cierto número de normas que no tienen el carácter de orden público, en el sentido de ser normas obligatorias o vinculantes; al contrario, contienen una propuesta de conducta que puede o no ser realizada por una de las partes. El artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil en su primer párrafo hace referencia a que las normas procesales tienen carácter imperativo en principio, salvo que las mismas normas regulen que algunas de ellas no tienen tal calidad. Es decir, las normas procesales no necesariamente son de orden público, regularmente obligan, salvo que ellas mismas planteen su naturaleza facultativa.

El maestro Juan Monroy Gálvez<sup>4</sup> explica que la norma procesal es una especie del género formado por las

3 Monroy Gálvez, Juan. Código Procesal Civil, Estudio Preliminar: La Reforma del Proceso Civil Peruano - Quince años después -, Comunitas, 2009, pág. 26.  
4 Monroy Gálvez, Juan. Introducción al Proceso Civil, Torno I, Temis, Bogotá, 1996, págs. 145-156.

normas jurídicas, las que a su vez, son una especie de las normas sociales. Se caracteriza por ser instrumental (en tanto asegura la eficacia de la norma material y regula el mecanismo para su aplicación; es una norma prevista para hacer efectiva otra norma), formal (porque su actuación no afecta la estructura interna del conflicto al que se quiere poner fin, solo asegura que los requisitos extrínsecos referidos al procesamiento del conflicto se cumplan, asegurando y precisando las facultades y deberes de todos los participantes en la actividad procesal) y dinámica (su aplicación importa la existencia de una relación jurídica en constante y permanente cambio, hasta con intereses contradictorios pese a que la actividad en su conjunto esté dirigida hacia una meta común).

Interpretar una norma procesal es buscar en su interior el principio que estructura el sistema procesal y los fines que este persigue, con el propósito de hacer efectivo el derecho material respecto de un caso concreto. Se afirma la autonomía de la interpretación de la norma procesal. En estricto, lo que el juez interpreta no es la norma sino el derecho procesal.

El segundo párrafo del artículo en estudio contiene el llamado principio de elasticidad, según el cual, si bien las formalidades previstas en el ordenamiento procesal son de obligatorio cumplimiento, el juez como director de proceso, está en aptitud de adecuar la exigencia de cumplir con estos requisitos formales a los fines del proceso, y a las exigencias sustantivas y humanas de la causa, parafraseando la Relación Grandi o Exposición de Motivos del Código Procesal Civil Italiano.

El principio de elasticidad está referido al cumplimiento de las formalidades previstas en el ordenamiento procesal, a las que no les corresponde la rigidez a ultranza para el desarrollo del proceso, sino que se concibe una flexibilidad acorde a los fines del proceso. Una norma de aplicación del principio de elasticidad la encontramos en el artículo 246º segundo párrafo del Código Procesal Civil que dispone "No es necesario el reconocimiento, si no hay tacha".

**El rechazo liminar de la demanda se encuentra condicionado a la "manifiesta" improcedencia, por cuanto tiene que aparecer con toda claridad, sin dejar dudas. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que la calificación de la demanda es facultad del juez analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda...**

## 8. PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

Con arreglo al principio *iura novit curia*, es el juez como titular de la potestad jurisdiccional, quien tiene el poder-deber de proporcionar el derecho que corresponda al proceso, con prescindencia de la respectiva invocación de las partes, conforme a la pretensión procesal planteada, objeto del proceso. Se funda en la presunción lógica sobre el conocimiento del derecho por parte del juez, y en consecuencia no se encuentra vinculado por las calificaciones jurídicas de las partes, existiendo el límite de respetar el principio de congruencia.

El principio *iura novit curia* no solamente permite suplir o subsanar la omisión en la calificación jurídica sino corregir el derecho mal invocado por las partes. Se realiza a través de dos funciones: a) Supletoria: cuando las partes han omitido de plano, los fundamentos jurídicos en que sustentan su demanda y, eventualmente, los demás actos postulatorios del proceso: contestación de la demanda, reconvencción y excepciones; y, b) Correctora: el juez aplica la norma jurídica pertinente cuando las partes han invocado mal los fundamentos jurídicos de su demanda y, eventualmente, los demás actos postulatorios del proceso.

Los presupuestos para su aplicación son: a) El Petitorio, que es el efecto jurídico específico que la parte pide al juez que declare en la sentencia; b) Los fundamentos de hecho que sustentan el petitorio (*causa petendi*); y c) La prueba actuada en el proceso, que incluye la apreciación de los hechos y de las pruebas.

Los límites para su aplicación son: a) La congruencia, que es el límite esencial del principio *iura novit curia* que comprende el material fáctico que las partes aportan al proceso; b) El objeto de la pretensión procesal, el petitorio, y; c) La prescripción extintiva que sólo puede ser deducida por el demandado, en cambio la caducidad puede ser declarada de oficio por el órgano jurisdiccional, el principio *iura novit curia* así lo permite.

El profesor español Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas<sup>5</sup> señala: "(...) La congruencia de la decisión exige que se contesten tanto el *petitum* (lo que se pide), como la *causa petendi* (los fundamentos factuales y jurídicos que sustentan lo que se pide), pero sin que sea preciso la identidad entre los preceptos alegados por las partes y las normas cuya aplicación considere procedente el juez, ni, en general, estando vinculado éste por los razonamientos jurídicos empleados por aquéllas en virtud, precisamente, de los poderes que le confiere el principio *iura novit curia*".

## 9. PRINCIPIOS DE INICIATIVA PROCESAL Y DE CONDUCTA PROCESAL

La iniciativa de parte suele denominarse también en doctrina "principio de la demanda privada" para significar la

<sup>5</sup> Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 44.

necesidad que sea una persona distinta al Juez quien solicite tutela jurídica. La norma del artículo IV del Título Preliminar del CPC exige que quien ejercita su derecho de acción afirme que tiene interés y legitimidad para obrar, categorías procesales que conforman lo que en doctrina se conoce con el nombre de presupuestos para expedir un pronunciamiento válido sobre el fondo. La legitimidad activa denominada "*legitimitas ad causam*", prevista en el artículo IV del Título Preliminar del CPC, se refiere a la licitud jurídica de accionar, que corresponde a quien afirma ser titular de derechos, lo que constituye un concepto procesal, que no debe confundirse con la titularidad misma del derecho material (ver Resolución Casatoria 3218-98-Lima de fecha dieciséis de junio de mil novecientos noventa y nueve expedida por la Sala Civil Transitoria de fecha dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el día dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, páginas 3763-3764).

La legitimidad para obrar viene constituida por la afirmación del derecho con respecto a la existencia del correlato lógico entre los sujetos que participan en la relación jurídica sustantiva o entre quienes son adquirentes de los derechos de éstos, a los que van a participar en la relación jurídica procesal.

Existe notoria diferencia entre capacidad para ser parte y la *legitimitas ad causam*. En efecto, mientras que la primera es un presupuesto procesal (requisito de validez del acto jurídico procesal) y se halla directamente referida al proceso, la segunda es un elemento del proceso que se refiere a la coincidencia de posición entre el titular de la relación jurídica procesal con el titular de la relación jurídica sustantiva y que no atañe directamente al proceso en sí, sino a su finalidad.

La legitimidad para obrar está referida a los sujetos a quienes, ya sea en la posición de demandante o demandados, la ley les autoriza a formular una pretensión procesal determinada o a contradecirla, o ser llamados al proceso para hacer posible una declaración de certeza eficaz o a intervenir en el proceso por asistirles un interés en el resultado.

La legitimidad para obrar viene constituida por la afirmación del derecho con respecto a la existencia del correlato lógico entre los sujetos que participan en la relación jurídica sustantiva o entre quienes son adquirentes de los derechos de éstos, a los que van a participar en la relación jurídica procesal. La legitimidad para obrar puede faltar tanto respecto del demandante como del demandado.

El maestro español Juan Montero Aroca afirma que la legitimación no pueda consistir en la existencia del derecho y de la obligación, que es el tema de fondo que se debatirá en el proceso y se resolverá en la sentencia; sino, simplemente en las afirmaciones que realiza el actor.

Toda excepción indica la ausencia o defecto de algún presupuesto procesal o de algún presupuesto para pronunciarse sobre el fondo, en suma, la inexistencia de una relación procesal válida. Específicamente la excepción por falta de legitimidad para obrar implica alegar que la persona

***El segundo párrafo del artículo en estudio contiene el llamado principio de elasticidad, según el cual, si bien las formalidades previstas en el ordenamiento procesal son de obligatorio cumplimiento, el juez como director de proceso, está en aptitud de adecuar la exigencia de cumplir con estos requisitos formales a los fines del proceso,...***

que se afirma en una determinada situación jurídica no puede ser titular de esta.

Se ha establecido en reiteradas ejecutorias en sede nacional al resolver la excepción de falta de legitimidad para obrar, que si los argumentos vertidos al sustentarla inciden sobre el derecho mismo del demandante para incoar la demanda, constituye un aspecto de fondo que deberá dilucidarse en la sentencia que ponga fin a la controversia.

La falta de legitimidad para obrar del demandante se plantea como medio de defensa, cuando el demandante careciera de la debida identificación entre su persona y la de a quien la ley sustantiva le faculta hacer uso de su derecho de acción. A manera de ejemplo, en los procesos de desalojo "ordinarios", los legitimados son el propietario, el arrendador, el administrador y todo aquel que considere tener derecho a la restitución de un predio de conformidad con el artículo 586° del CPC. En principio, el proceso de desalojo enfrenta el derecho de posesión con el derecho a poseer, siendo un instrumento de tutela de la posesión mediata, cuya controversia queda centrada a la obligación de restitución del bien; se realiza un preexamen del derecho a poseer sobre la base de ciertos elementos materiales que el demandado debe exhibir si quiere mantenerse en la posesión, no importando un examen profundo del derecho a poseer como ocurre en el proceso de conocimiento de reivindicación.

El interés para obrar es, básicamente, un estado de necesidad de la intervención judicial. Es inmediato, actual, irremplazable de tutela judicial. El maestro sanmarquino Mario Alzamora Valdez, señala que se trata simplemente de la necesidad de la intervención judicial con el objeto de evitar un perjuicio del demandante. Cuando no existe tal necesidad no existe tampoco interés alguno para actuar.

El interés jurídico toma por lo menos dos formas: el interés material y el interés procesal. El primero es aquella estimación valorizada consistente en la aprehensión que tiene un sujeto sobre un bien que considera se encuentra jurídicamente dentro del ámbito de su titularidad. Para el profesor Juan Monroy Gálvez el interés procesal, llamado comúnmente "*interés para obrar*", es el estado de necesidad de tutela jurídica en el que se encuentra un sujeto de derechos, en un determinado momento. Este interés se caracteriza por ser insustituible o irremplazable porque se presenta cuando el sujeto de derechos tiene un conflicto de intereses, respecto del cual no

tiene otra manera de resolverlo que no sea acudiendo a los órganos jurisdiccionales a solicitar tutela jurisdiccional actual o inminente. Es actual o inminente porque esa necesidad de tutela no puede ser prematura ni extemporánea, tiene que ser vigente y urgente para el momento.

Para el maestro colombiano Hernando Devís Echandía, el interés para obrar es un requisito para que se pueda emitir sentencia válida sobre el mérito del fondo, teniendo dicho interés el carácter de sustancial subjetivo, concreto, serio y actual.

El interés para obrar está constituido por la necesidad de acudir ante un juez cuando se han agotado las posibilidades de solucionar el conflicto en vía o forma distinta. Por ejemplo, la falta de agotamiento de la vía administrativa es un caso típico de falta de interés para obrar.

La voluntad de la ley más que un presupuesto para un pronunciamiento válido sobre el fondo es un elemento intrínseco al proceso, ya que es la exigencia que la pretensión procesal sea, a su vez, pretensión jurídica (caso judicial).

A pesar de la rigidez del principio, la misma norma regula las excepciones a la exigencia de acreditar interés y legitimidad para obrar. Es el caso del Ministerio Público, que está apto para ser parte, los casos del procurador oficioso y del patrocinio de los llamados intereses difusos o con mayor propiedad derechos colectivos, regulados en los artículos 81° y 82° del Código Procesal Civil, respectivamente.

La concesión de legitimidad para obrar al Ministerio Público no supone atribución de derechos subjetivos materiales, sino simplemente la posibilidad de realizar el proceso sin pedir para él mismo. Existen innumerables casos en nuestra legislación que otorgan legitimación para obrar al Ministerio Público. Como ejemplos citamos los siguientes: En el Código Civil, la declaración judicial de ausencia (artículo 49°), la declaración de muerte presunta (artículo 53°), solicitud de disolución de asociación (artículo 96°), ampliación o modificación de fines de la fundación (artículo 108), solicitud de disolución del comité (artículo 120°), nulidad de acto jurídico (artículo 220°), nulidad de matrimonio (artículo 275°), entre otros. En el CPC, la separación de cuerpos o divorcio por causal (artículo 481°), la separación convencional y divorcio ulterior (artículo 574°), procesos no contenciosos (artículo 759°), adopción (artículo 781°), entre otros.

El procurador oficioso actúa en una suerte de gestor de negocios procesal, en orden a la tutela de derechos ajenos frente a una situación excepcional y animado por una motivación altruista. El artículo 81° del CPC regula esta figura, que consiste en que una persona puede comparecer judicialmente en nombre de otra de quien no tiene representación judicial, debido a que la persona por quien

comparece se encuentra impedida de hacerlo por sí misma, está ausente del país, tiene razones de fundado temor o amenaza, se trata de una situación de emergencia o de eminente peligro, o por otra causa análoga.

Cuando se actúa en defensa de intereses difusos o colectivos, admitida la legitimidad alcanza a la colectividad incursa. El maestro Monroy Gálvez prefiere la denominación derechos colectivos a la de intereses difusos, los derechos que dejan de ser individuales. El artículo 82° del CPC define el interés difuso como aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos, o del consumidor. Esta norma autoriza a promover el proceso o intervenir en él, al Ministerio Público y a las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la ley o el criterio del juez están legitimados para ello.

A diferencia de los derechos colectivos o intereses difusos, explica la profesora Ana María Arrarte Arisnabarreta<sup>6</sup>, en los derechos individuales homogéneos la titularidad del derecho afectado se encuentra plenamente identificable, recae sobre personas determinables, más allá de que todos los miembros de la clase participen o no en el proceso. Son derechos individuales, con incidencia colectiva. Dado el elevado número de perjudicados (víctimas), todos integran un grupo o clase, que se unen para solicitar tutela conjunta y garantizar eficacia. Son derechos divisibles. El propósito final es que cada uno reciba la tutela solicitada. El Código Procesal Civil contempla el litisconsorcio (acumulación subjetiva), que permite que dos o más personas litiguen en forma conjunta, como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión o pretensiones conexas, o porque la sentencia les puede afectar (artículo 92). No tenemos una regulación especial. Porque la figura del litisconsorcio de nuestro proceso civil, no está prevista para resolver "conflictos de masas", propios de sociedades industrializadas y globalizadas, ni para tutelar derechos con una dimensión social propia, en tanto son comunes a una colectividad de personas.

En lo que respecta a la conducta procesal se han englobado un conjunto de principios destinados a regular la corrección de los intervinientes en el proceso. Deberán adecuar su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe. Lo importante, señala Monroy Gálvez<sup>7</sup>, es que en la materia el Código ha desarrollado un criterio pragmático. Es decir, no se ha quedado en la formulación legislativa del principio, sino que ha incorporado un sistema de sanciones que aseguran la vigencia real del principio. Este sistema abarca tanto la sanción pecuniaria (multa), como la obligación de resarcir los daños ocasionados (el caso del artículo 4°, por ejemplo) y también la afectación de la situación procesal del litigante malicioso, llamado también *improbus litigator*.

<sup>6</sup> Arrarte Arisnabarreta, Ana María. La tutela de los derechos individuales homogéneos. Legitimidad y Cosa Juzgada. Exposición ante el IV Congreso Internacional de Derecho Procesal, organizado por la Universidad de Lima, octubre, 2007.

<sup>7</sup> Monroy Gálvez, Juan. Ob. Cit., pag. 40.



## 10. PROCEDIMIENTO, CLASIFICACIÓN, INCIDENTES

Podemos definir al procedimiento como una sucesión de actos procesales, que a partir de la demanda se desenvuelve metódica y sistemáticamente para culminar con la sentencia. Dicho en otros términos, el procedimiento es la sucesión de actos procesales de partes más actos judiciales o resoluciones del juez, y que tiene por objeto llegar a la cosa juzgada.

"El procedimiento no es otra cosa que el conjunto de formalidades a que deben someterse el juez y las partes en la tramitación del proceso. Etimológicamente, indica la idea de una marcha a seguir (*procedere*, avanzar), y, en efecto, supone una serie de actos cuyo conjunto forma la instancia o proceso, en el que el actor formula sus pretensiones, el demandado opone sus defensas, ambos ofrecen sus pruebas y el juez dicta la sentencia".<sup>8</sup>

La palabra proceso es de uso relativamente moderno, pues antes se usaba la de juicio, que tiene su origen en el derecho romano y viene de *indicare*, declarar el derecho, supone una controversia. El término proceso es más amplio, porque comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera sea la causa de que los origine.

Al comenzar el desarrollo de los principios del proceso, el profesor argentino Osvaldo Alfredo Gonzalini<sup>9</sup> señala: "Reafirmando el proceso como género, y el procedimiento como especie; o bien, el primero como concepto principista, y el otro como pura actividad, atendamos ahora los principios que los componen". Para responder a este signado, el carácter fundamental del proceso remite a la noción de lo que, constitucionalmente, se entiende por debido proceso o proceso justo; y respondiendo a sus fines, al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, hoy considerado pilar del derecho procesal.

Debe considerarse también que procedimiento no equivale a proceso, ya que se refiere al aspecto externo o meramente formal de la actividad procesal.<sup>10</sup>

Los distintos procedimientos se pueden clasificar en base al siguiente esquema:

a. Los procedimientos interlocutorios están ubicados dentro de un proceso principal donde se expide una resolución interlocutoria que es aquella que está dentro de un procedimiento, básicamente a ciertos autos que se dictan dentro del curso de un proceso. No es una resolución definitiva como sí lo es la sentencia. Así tenemos el procedimiento que rige el trámite de las excepciones y las defensas previas, el procedimiento que rige el trámite de las cuestiones probatorias (tachas y oposiciones), los incidentes que son una categoría *sui generis* de procedimientos interlocutorios planteados por una demanda interlocutoria, cuyo trámite implica la

observancia del principio del contradictorio (nulidad de actuados, oposición a la medida cautelar, variación de la medida cautelar, ejecución de la contracautela, solicitud de desafectación, intervención del acreedor preferente no ejecutante, etc.), el procedimiento cautelar que es la figura más dinámica del proceso, representa una serie de actos procesales, dirigidos a la obtención, ejecución, mantenimiento, regulación, modificación, cancelación y extinción de alguna medida cautelar. El proceso es un instrumento para conseguir tutela respecto del derecho material, la tutela cautelar es el instrumento que permite ser eficaz al instrumento que produce la tutela material.

Las cuestiones son controversias suscitadas por las partes o el juez al inicio y a lo largo del proceso. El maestro Juan Monroy Gálvez<sup>11</sup> explica a este respecto: "Una clasificación satisfactoria de las cuestiones: a) Cuestión principal y b) Cuestión incidental. En un proceso habrá una cuestión principal y tantas incidentales como las partes y el juez propongan y tramiten. Sin embargo, apreciada aisladamente, cualquier cuestión – concebida como un átomo y concretada en un procedimiento- tiene una estructura molecular típica: a. Requisitos para un pronunciamiento válido sobre el fondo, b. Fondo; y, c. Decisorio. Sea la excepción, una tacha, una nulidad o la pretensión principal. Toda cuestión es resuelta por un acto decisorio –parte también de la estructura molecular-, pero si éste se refiere a sus requisitos de validez, será admisible o procedente (siendo la diferencia un criterio judicial, La subsanabilidad). Sin embargo, si se refiere a su aspecto fondal o de mérito, será fundada. Naturalmente, los antónimos cumplen la misma función decisoria".

Toda cuestión es resuelta por un acto decisorio, si éste se refiere a su aspecto fondal o de mérito será fundada o infundada. Por ello, es equivocado resolver una solicitud de medida cautelar señalando "Concédase la medida cautelar", debiendo ser, declarar "fundada la medida cautelar", dado que el examen de los presupuestos del pedido cautelar importan un pronunciamiento de fundabilidad. Algún requisito de validez del pedido: improcedente; algún presupuesto cautelar no acreditado: infundado.

b. Los procedimientos preparatorios que tienen por objeto el aseguramiento de prueba o el pedido de una tutela de urgencia provisional. A su vez se subclasifica: a) La prueba anticipada, donde se deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada (artículo 284° del Código Procesal Civil); b) La medida cautelar fuera de proceso o para el inicio de un proceso, donde el solicitante debe expresar claramente la pretensión a demandar (artículo 608° del CPC modificado por la Ley 29384).

8. Aina, Hugo. Tratado teórico-práctico de Derecho procesal civil y comercial, pág. 44-45.

9. Gonzalini, Osvaldo Alfredo. Derecho Procesal Civil, Tomo I: Teoría General del Derecho Procesal, 1992, pág. 272.

10. Alzamora Valdez, Mario. Derecho Procesal Civil, pág. 14.

11. Monroy Gálvez, Juan. Las categorías procesales: una visión renovada, Material de Enseñanza, diapositivas, abril 2009, archivo personal.

Handwritten text in a cursive script, likely a historical document. The text is dense and occupies the upper portion of the page.

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...

... [illegible] ...  
... [illegible] ...  
... [illegible] ...



# DERECHO PENAL

# El Principio de Proporcionalidad como criterio para controlar la constitucionalidad de los tipos penales y las penas



Por  
*César Huostroza Paríachi\**

Sumario.- Ley Penal como garantía de los Derechos fundamentales; II.- El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales como límites de la Legislación Penal, a.- Concepto y función del principio de proporcionalidad, b.- La interdicción del exceso, c.- La prohibición de protección deficiente; III.- Margen de actuación del Legislador Penal; IV.- Conclusiones.



**E**n nuestra jurisprudencia constitucional observamos la enorme utilidad del principio de proporcionalidad como un criterio estructural empleado por el Tribunal Constitucional en el control de constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales, dirigido a descalificar aquellas intervenciones que supongan un sacrificio inútil, innecesario o desproporcionado de los mismos.

Este principio inicialmente se desarrolló en el ámbito del derecho administrativo,<sup>1</sup> posteriormente ha extendido su aplicación al terreno de los derechos fundamentales, por lo que ha pasado de ser un principio de carácter programático para convertirse en un principio inherente al Estado de Derecho plenamente operativo, al funcionar como garantía en todos aquellos casos en los que puedan verse lesionados los derechos y libertades fundamentales; de ahí que, nuestra Constitución de 1993, en el último párrafo del art. 200º del Título V referido a la Garantías Constitucionales, establece que el juez constitucional competente examinará la

\* Actual Presidente de la Excelentísima Corte Superior de Justicia del Callao. Profesor de Derecho procesal penal en la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Federico Villarreal.

razonabilidad y proporcionalidad del acto o medida restrictiva de derechos fundamentales.

En virtud a ello, nuestro Tribunal Constitucional viene utilizando este instrumento, para el control de constitucionalidad de las leyes y demás actuaciones de los poderes públicos que intervienen en los derechos fundamentales, —al igual que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y la Corte Constitucional de Colombia— al tiempo que encuentra en el ámbito aplicativo su formulación dogmática más elaborada que despertó objeciones provenientes de los poderes estatales e, incluso progresivamente se ha ido extendiendo al control de las intervenciones legislativas y administrativas<sup>2</sup> sobre otros derechos fundamentales, como también a la resolución de colisiones de derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares.<sup>3</sup>

Sin embargo, más que hacer una exposición de tipo descriptivo sobre la utilización de este principio en nuestra jurisprudencia constitucional, en esta oportunidad queremos analizar si el principio de proporcionalidad puede ser utilizado para controlar la constitucionalidad de los tipos penales y de las penas, esto es, si este criterio sirve para determinar la constitucionalidad de las leyes penales que tipifican conductas y penas; al tiempo de establecer los parámetros para su utilización en este ámbito. Para esto, desarrollaremos sumariamente el entendimiento doctrinario de los derechos fundamentales en un Estado Democrático de Derecho y su funcionalidad en la legislación penal, resaltando las cuestiones considerativas en el control de constitucionalidad de estas normas que recientemente viene desarrollando la doctrina constitucional plasmada en algunas jurisprudencias de nuestro Tribunal Constitucional al sostener la interdicción del exceso de protección y la prohibición de protección deficiente de los bienes jurídicos protegidos por la legislación penal.

## I.- LEY PENAL COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Nuestro modelo estatal asumido por la Constitución Política, configura un Estado Democrático, Social y Soberano prescrito en el art. 43º; esto nos permite inferir el *principio democrático*, el cual consiste en que las decisiones fundamentales para la sociedad deben ser tomadas por el Legislador de acuerdo a su *discrecionalidad*. Además consagra en su art. 1º que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, así como institucionaliza un catálogo de derechos fundamentales con un sistema de justicia constitucional. Esto permite observar una tensión constante e irreductible entre la democracia representativa y la libertad en todas las áreas en que la legislación se entrecruza con el contenido de los derechos fundamentales originándose la necesidad de delimitar la competencia del legislador y del Tribunal Constitucional, en particular en la creación de derecho penal por el legislativo.<sup>4</sup>

Esta tensión<sup>5</sup> se acentúa más en el ordenamiento penal, pues al considerar determinados comportamientos punibles

puede incurirse en excesos de protección de bienes jurídicamente relevantes o protecciones deficientes de los mismos, que significarán restricciones ilegítimas a los derechos fundamentales, ya que, la ley penal representa una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás derechos constitucionales.

Ahora bien, de acuerdo a nuestro modelo estatal, se impone al Estado (todos los poderes públicos) no solamente el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, sino que también genera una vinculación positiva con la misma, la cual impone deberes de protección, esto es, el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos; correlativamente, los derechos fundamentales dejan de ser bienes museales o meras declaraciones de principios y se convierten en auténticos derechos subjetivos que deberán gozar de una protección efectiva que, en muchos casos, esta exigencia se transforma en la imposición al legislador del deber de expedir leyes penales.<sup>6</sup> Consecuentemente, en la creación del derecho penal se abandona parcialmente la discrecionalidad legislativa complementándose con las exigencias de cumplimiento de los deberes de protección, esto es, mediante la creación del derecho penal el Estado protege los derechos fundamentales de las injerencias más intensas de los poderes públicos y de los particulares.<sup>7</sup>

De esta manera, los derechos fundamentales, en sus dimensiones negativa y positiva, trazan un marco que limita al legislador penal, pero que a la vez depara un amplio margen de acción en la cual tienen ciertos mandatos y prohibiciones implícitas y explícitas que no puede transgredir, fuera de estos límites, al legislador le está permitido fijar con libertad la política criminal pertinente.<sup>8</sup>

## II.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITES DE LA LEGISLACIÓN PENAL

### a.- Concepto y función del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad sirve como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resultan vinculantes para el legislador. Su función es que forma parte del control de los actos de los poderes públicos desde la perspectiva de la igualdad; de otro lado opera como medida de enjuiciamiento de la constitucionalidad, las sanciones y los requisitos procesales, cuando por su intensidad menoscaban el ejercicio de la libertad individual y el derecho a la tutela judicial efectiva; y como criterio para establecer hasta que punto la Jurisdicción Constitucional está habilitada para controlar las decisiones de los jueces ordinarios mediante los procesos de garantías recogidos en el art. 200º de la Constitución Política.<sup>9</sup>

Doctrinariamente, cuando desarrollan el principio de proporcionalidad aluden sobre todo a su contenido vinculante que establece tres niveles de enjuiciamiento útiles para determinar si una medida, ley, o procedimiento es constitucionalmente legítimo<sup>10</sup>. Su aplicación implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un

contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El contenido *prima facie* puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes de protección constitucional pudiendo ser restringidos por el legislador penal tipificando conductas e imponer una pena restrictiva de libertad. Sin embargo, no se debe desatender las exigencias que se derivan de los tres sub principios de la proporcionalidad<sup>11</sup> que permite el control de la ley penal por el Tribunal Constitucional. Este control de proporcionalidad, cuando se trata de la defensa frente a intervenciones penales, se materializa bajo el concepto de interdicción del exceso. En cambio, cuando lo relevante son los derechos de protección, se materializa bajo el concepto de prohibición de protección deficiente.

#### b.- La interdicción del exceso

El principio de proporcionalidad en su variante de prohibición o interdicción del exceso, es un criterio para determinar la constitucionalidad de la ley penal, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa respectivo, exigiendo el cumplimiento de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estrictos.

Por tanto, la ley penal sometida a control cumplirá con el subprincipio de idoneidad, en tanto se persigue un objetivo constitucionalmente legítimo. Cumplirá con el subprincipio de necesidad cuando no exista otro medio alternativo que revista por los menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, será cumplido cuando el grado de realización del objetivo de la intervención debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación a la libertad o del derecho fundamental.<sup>12</sup>

#### c.- La prohibición de protección deficiente

En esta variante, el principio de proporcionalidad es aplicado para el control de la legislación penal, desde el punto de vista de la satisfacción de las exigencias derivadas de los derechos de protección atribuidos al Legislador penal, en este caso se controla si la ley penal ofrece una protección deficiente de los bienes jurídicos constitucionalmente relevante, de manera tal que se prohíba toda protección deficiente.<sup>13</sup>

Esto supone interpretar los derechos fundamentales de protección como principios y aceptar que de ellos se deriva la pretensión *prima facie* de que el legislador nos garantice en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto quiere decir que estos derechos imponen *prima facie* al legislador el desarrollo de todas las acciones que favorezcan la protección de su objeto normativo, y que no impliquen la vulneración de otros derechos y principios que jueguen en sentido contrario. La versión del principio de proporcionalidad se aplica para determinar si las omisiones legislativas, no ofrezcan un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos.

### III.- MARGEN DE ACTUACIÓN DEL LEGISLADOR PENAL

Aparentemente, el control de la constitucionalidad de las

leyes penales mediante la interdicción del exceso y de la prohibición de protección deficiente, muestra que el principio de proporcionalidad elimina todo margen de acción legislativa. Sin embargo, a pesar que los derechos fundamentales acotan la discrecionalidad del legislador penal, éstos deparan varios márgenes de actuación.

De este modo, por una parte, el legislador penal tiene discrecionalidad para los medios válidos para la consecución de fines constitucionales; por otro lado el legislador da un margen de ponderación entre los bienes jurídicamente relevantes que colisionan con los derechos fundamentales como la libertad u otro.

Estos márgenes de acción y las exigencias derivadas de los derechos de protección imponen a nuestra jurisdicción constitucional el deber de ejercer sus atribuciones de enjuiciamiento de la constitucionalidad con suma prudencia, además de una razonable autorrestricción en dicha función.

### IV.- CONCLUSIONES

El principio de proporcionalidad inicialmente se desarrolló en el ámbito del derecho administrativo, posteriormente ha extendido su aplicación al terreno de los derechos fundamentales pasando a ser de principio de carácter programático en un principio inherente al Estado de Derecho plenamente operativo, al funcionar como garantía en todos aquellos casos en los que puedan verse lesionados los derechos y libertades fundamentales, como es el caso de la tipificación de leyes penales.

No obstante, dado que nuestro modelo estatal configura un Estado Democrático, Social y Soberano; reserva al Legislador la posibilidad de fijar qué comportamientos deben ser punibles y penados reconociéndole discrecionalidad, el cual debe ser compatibilizado con los derechos fundamentales institucionalizados constitucionalmente. Puesto que, los derechos fundamentales poseen dimensiones positivas y negativas que, no solamente exigen el deber de no lesionar la esfera de libertad constitucionalmente protegida, sino también genera una vinculación positiva con la misma, la cual impone deberes de protección, esto es, el deber de contribuir a la efectividad de tales derechos. Consecuentemente, en la creación del derecho penal se abandona parcialmente la discrecionalidad legislativa complementándose con las exigencias de cumplimiento de los *deberes de protección*, esto es, mediante la creación del derecho penal el Estado protege los derechos fundamentales de las injerencias más intensas de los poderes públicos y de los particulares.

En esta medida es que se justifica el control de constitucionalidad de las leyes penales, pues al tipificar determinados comportamientos punibles y fijar penas puede incurrirse en excesos de protección de bienes jurídicamente relevantes o protecciones deficientes de los mismos, que significarán restricciones ilegítimas a los derechos fundamentales, ya que la ley penal representa una medida que el Estado adopta para proteger los derechos fundamentales y los demás derechos constitucionales.

Por esto, para la constitucionalidad de las normas penales se recurre al principio de proporcionalidad en su variante de prohibición o interdicción del exceso, que se constituye como criterio para determinar la constitucionalidad de la ley penal, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa respectivo, exigiendo el cumplimiento de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estrictos. Mientras que, la versión del principio de proporcionalidad como prohibición de protección deficiente, se aplica para determinar si las omisiones legislativas, aquellas

que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos.

Con todo, aún se mantiene un margen de discrecionalidad para el legislador quien puede elegir el medio pertinente (ley penal) que le permite alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, ponderando los bienes jurídicamente relevantes y merecedores de protección.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXI, Robert. Epílogo de la de los derechos fundamentales. En: *Revista Española de Derechos Constitucional*, Madrid, 2002.
- BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad de la Legislación penal. En: *Memorias XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Centro de Estudio Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia. *El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas. Una aproximación a su utilización en la jurisprudencia constitucional colombiana*. En [www.usergioarboleda.edu.co/penal/Articulo\\_Ppideproporcionalidad-GloriaLopera](http://www.usergioarboleda.edu.co/penal/Articulo_Ppideproporcionalidad-GloriaLopera).
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Universidad de Sevilla, 1998.

- 1 Detalladamente, Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Centro de Estudio Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003, p. 41.
- 2 Acertadamente López González, afirma que "en la tensión permanente entre Poder y Libertad que caracteriza el desenvolvimiento del Derecho Público y por ella también el del Derecho Administrativo, el Estado de Derecho a través de la consagración que formula el principio de igualdad y de la garantía y protección de los derechos fundamentales, exige un uso jurídico proporcionado del poder, a fin de satisfacer los intereses generales con la menor e indispensable restricción de las libertades". Cfr. LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio. *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Universidad de Sevilla, 1998, p. 102.
- 3 La jurisprudencia nacional ofrece numerosos ejemplos de utilización del principio de proporcionalidad en este tipo de casos, en particular, es didáctico la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 6712-2005-INC/TC del 17 de octubre de 2005, en la cual delimita utilizando este criterio el conflicto existente entre la libertad de información y el derecho a la intimidad en el caso concreto. En sentido similar el Tribunal Constitucional en el expediente N° 01290-2008-AA/TC-Caso *Ambriv vs. Saldas*.
- 4 Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad de la Legislación penal. En: *Memorias XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 158 y ss.
- 5 Esta controversia, permitió a la doctrina constitucional, en el ámbito de la legislación penal, confrontar varias tesis de las cuales tres tesis son las más importantes. Por una parte está la que sostiene que el fijar determinados comportamientos nocivos como punibles y la fijación de las sanciones a imponer es un asunto de política criminal ajeno todo tipo de certezas deductivas de los derechos fundamentales, consecuentemente deben dejarse en las manos de comarcas parlamentarias que se reflejan en la legislación. Desde otro punto de vista, se afirma que la tipificación penal de una conducta implica siempre una intervención en los derechos fundamentales y por consiguiente puede ser constitucional o inconstitucional. Por último, se abordó esta tensión desde la perspectiva del titular de los bienes y derechos protegidos por la legislación penal, pues en nuestro modelo estatal -precisado líneas arriba- los derechos fundamentales no sólo revisan la dimensión de derechos de defensa frente a las intervenciones estatales, sino también dentro de su dimensión prestacional, exigen conductas positivas del poder público que los garanticen frente a sus propias actuaciones y frente a las acciones de terceros. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad de la Legislación penal, op. cit. p. 159.
- 6 Cfr. LOPERAMESA, Gloria Patricia. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales sustantivas. Una aproximación a su utilización en la jurisprudencia constitucional colombiana. En [www.usergioarboleda.edu.co/penal/Articulo\\_Ppideproporcionalidad-GloriaLopera](http://www.usergioarboleda.edu.co/penal/Articulo_Ppideproporcionalidad-GloriaLopera).
- 7 Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad de la Legislación penal, op. cit. p. 174.
- 8 El profesor ROBERT ALEXI, afirma que los derechos fundamentales establecen lo constitucionalmente necesario (esto es, los mandatos que ordenan al legislador a que los bienes más preciosos del individuo sean protegidos eficaz y suficientemente como intervenciones estatales o particulares), y lo constitucionalmente imposible (las prohibiciones, que consisten en la interdicción de que la ley penal intervenga en exceso al derecho al libre desarrollo de la personalidad, en libertad del individuo y otros derechos fundamentales), y a la vez depuran al legislador al máximo terreno de lo constitucionalmente posible (lo permitido, es aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador, espacio que abre a la política criminal y la consiguiente jurisdicción de comportamientos con penas). Cfr. ALEXI, Robert. Epílogo de la de los derechos fundamentales. En: *Revista Española de Derechos Constitucional*, Madrid, 2002.
- 9 Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales* op. cit. p. 55.
- 10 Así, el primer nivel es el sub principio de adecuación, que establece que la elección de la medida (entendida como ley, acto o procedimiento proveniente de autoridades públicas, así como también actos privados) o forma a implementarse para la intervención en un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, esto es, que no responda a la observancia de una forma rígida, sino a la adecuación de la medida adoptada para la obtención del objetivo pretendido. En el segundo nivel, el sub principio de necesidad, exige que toda medida de intervención en un derecho fundamental debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisan por lo menos la misma idoneidad para contribuir con el objetivo propuesto. Por último, el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, establece que la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido, esto es, las ventajas que obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit. p. 38.
- 11 El Tribunal Constitucional en el expediente N° 10-2002-A/TC, en la cual se cuestionaba la constitucionalidad de los Decretos Leyes Nos 25475, 25458, 25706 y 25886, así como sus normas complementarias y conexas, estableció que, "el principio de proporcionalidad tiene una especial connotación en el ámbito de la determinación de las penas, ya que opera de muy distintos modos, ya sea que se trate de la determinación legal, la determinación judicial o, en su caso, la determinación administrativa penitenciaria de la pena."
- 12 En forma didáctica, nuestro Tribunal Constitucional aplicó este criterio en el expediente N° 00014-2006-P/TC, en la cual se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley N° 20726, que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46º, 48º, 50º, 440º y 444º del Código Penal, y el artículo 135º del Código Procesal Penal. Así, sobre la racionalidad estableció que, "en relación al principio de proporcionalidad, en su variante de prohibición o interdicción del exceso, la medida impugnada cumple con el subprincipio de idoneidad, en tanto se persigue un objetivo constitucionalmente legítimo como lo es cumplir con el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (artículo 44º de la Constitución), además existe una relación factiva entre la pena establecida para la reincidencia y el objetivo constitucionalmente legítimo perseguido; cumple con el subprincipio de necesidad, dada la inexistencia de medidas menos gravosas; y con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto el Estado Constituyente de Derecho no sólo tiene el deber de tutelar el derecho fundamental a la libertad personal sino otros bienes constitucionales, como la paz y la seguridad de los ciudadanos frente a delincuentes como el terrorismo."
- 13 La profesora colombiana LOPERAMESA precisa que con esta "se busca impedir" que se pueda prescribir discriminatoriamente del empleo del derecho penal y del efecto de protección que de él se deriva", como lo enfatiza en su día el Tribunal Constitucional además en su segunda sentencia sobre el asunto, pronunciándose en él que precisamente se exige la utilización del principio de proporcionalidad bajo la perspectiva de la prohibición de apropiación. Cfr. LOPERAMESA, Gloria Patricia, op. Cit.

# El dilema social del Pandillerismo



Por  
**Daniel Adriano Peirano Sánchez**  
Juez Superior Titular del Callao

Sumario: 1. Presentación 2. Las Pandillas 3. Marco Legislativo 4. Raíces de las Pandillas 5. Peculiaridades de las Pandillas 6. Conclusiones 7. Bibliografía.



## 1. PRESENTACION

En el caso peruano, como en los demás países del mundo, existe una serie de componentes que han fomentado la violencia de menores de edad, insinuándose como una actividad preocupante. Por ello, se tiene que poner suma atención al proceso educativo intrafamiliar y a la alternancia

rehabilitadora. Sistemas, que lamentablemente hasta ahora no han sido capaces de corregir a estos jóvenes anómicos.

La administración de justicia para ellos ámbito de actuación, contradicciones y, sobre todo, su futuro es un tema de álgida actualidad. Somos espectadores de numerosas jornadas, congresos, artículos en la prensa o reportajes que se ocupan de sus aristas, tratando de definir continuos cambios operados en la estructura político-institucional y por otro, han puesto en tela de juicio los aspectos legales que se ha basado la labor y efectividad de los Tribunales de Menores.

Ante el signo del agudo problema contra social que significa el erosionante Pandillerismo, que no es sólo fruto de la situación socioeconómica. Es indispensable mirar a la sociedad, los valores que estamos transmitiendo, la desintegración familiar, el rechazo, y el olvido de los padres y familiares interinos e influyentes anillos que distorsionen sus vidas, que contribuyen considerablemente a esta ebullición juvenil que lleva pronto a la cumbre de la mezcla de elementos propios y alcanzados estímulos de doble vía.

<sup>1</sup> Abogado, con estudios de Post Grado en la Maestría en Derecho Penal y Doctorado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, ponente y Expositor de diversas Conferencias, Seminarios Diplomados en Derecho Penal, actual Presidente de la Tercera Sala Penal con Recos Libres de la Corte del Callao.



Frente a dicho panorama nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los hechos en los que inciden los considerados infractores por ser menores de edad? Los graves actos que ejecutan y consuman se pueden clasificar de variados modos e incluso sostener que ésta no difiere de la que rige para los ciudadanos.

Los más frecuentes, atentan contra el patrimonio y la vida, el cuerpo y la salud. Igualmente cabe mencionar a las agresiones contra la libertad sexual, las cuales a su vez se diversifican en: violación, sodomía, proxenetismo, meretrício infanto-juvenil, filmación a menores desnudos y/o en acciones relacionadas al coito entre niños, adolescentes o con personas adultas, lo que es material privilegiado de la pornografía, para el placer del sub mundo paidofílicos (del griego *paidos*=niños).<sup>2</sup>

A esta nómina hay que agregar, los conectados a la venta y consumo de drogas y licores. Son cometidas a veces en forma individual, pero preferentemente en grupo, por lograr el dominio del escenario delictivo.

## 2. LAS PANDILLAS

Debemos descolgar que uno de los dramas sociales de la urbe en el mundo moderno, es el de las Pandillas. Se forman ordinariamente a partir de un grupo espontáneo de juegos y dentro de una zona urbana limitada. Estos grupos son en su mayoría pandillas de varones, aunque a veces existen grupos de muchachas que se asocian. El vocablo **Street Gang** (pandilla de la calle) ha venido a significar algo negativo.<sup>3</sup> Bajo esta óptica, los adolescentes corren el riesgo de unirse a ellas, hecho que se origina debido a una variedad de elementos tanto del entorno familiar, como mesológico del ámbito externo. Sin duda, nuestro país, no es ajeno a la presencia de las Pandillas, sobre todo en las megas urbes que continúan en incesante y desordenado crecimiento demográfico como Lima y sus populosos distritos; Callao, Piura, Trujillo, Lambayeque, Arequipa, etc. Los jóvenes, lejos de practicar buenos modales, se ven influenciados de manera notable por los avances de la tecnología en el campo de la diversión. Hablar de las Pandillas, es referirse a un problema siempre presente. En las noches grupos de jóvenes cargados de rencor generan inseguridad, incertidumbre, desorden, temor en la población, desafían por la agresividad y en estados estimulados deambulan y toman los lugares públicos, que a menudo se convierten en escenarios de enfrentamientos entre grupos rivales. Utilizando armas blancas y punzo cortantes con el fin de mostrar superioridad y dominio frente a los demás. No es único este tipo de actos, sino que hay otros más graves que afectan directamente a la población como los robos, asaltos, violaciones sexuales, crímenes, etc.<sup>4</sup>

## 3. MARCO LEGISLATIVO

El 23 de mayo de 1998, el Gobierno de Alberto Fujimori promulgó junto con los Decretos Legislativos calificados de «Leyes de Seguridad Ciudadana», el N° 899, «LEY CONTRA EL PANDILLAJE PERNICIOSO». (Aberrante título: porque es pandillerismo y legalmente ninguno es beneficioso).

El Pandillaje Pernicioso, según Esperanza Tafur,<sup>5</sup> nació por la violencia juvenil de la que el país era víctima. Su inspiración emergió de «barras bravas». Las cuales, bajo pretexto de revanchismo deportivo protagonizaban una serie de actos delictivos, contra la vida, el cuerpo, la salud y el patrimonio que afectaban a la población en general; por ello el Gobierno creyó conveniente dictar este tipo de norma que representa un agravante para el juzgamiento de los infractores, al considerar que son cometidos por grupos organizados castigándolas, con penalidades intimidatorias.

Lo que obviamente ha sido criticado y algunos la consideran inconstitucional. Cabe preguntarnos entonces a qué se deben estas observaciones; se tomaron criterios objetivos de la realidad social, para su creación y aplicación, o es cierto que la misma obedece a una política represiva, y en virtud de la cual dictó una ley que a la larga resulta inadecuada y que atropella los avances en el tratamiento legal de los menores infractores, que se ha venido conquistando paulatinamente con el apoyo de las ciencias sociales.

En el Código de los Niños y Adolescentes de 1993, regla la investigación y juzgamiento de los menores que cometían infracciones a la Ley Penal; pero no contemplaba el Pandillaje Pernicioso como figura infractora, porque su tipificación ha sido insertada en el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes del año 2000, en el Capítulo IV desde el artículo 193 al 199.

En el numeral 193° señala que: «Se considera pandilla perniciosa al grupo de adolescentes mayores de 12 (doce) años y menores de 18 (dieciocho) años de edad que se reúnen y actúan para agredir a terceras personas, lesionar la integridad física o atentar contra la vida de las personas, dañar bienes públicos o privados u ocasionar desmanes que altere el orden interno».

Principiemos analizando el nivel que tienen los menores desviados en nuestra normatividad actual, que define taxativamente como infractor: Conducta previstas sólo como desobediente de la ley penal adecuándose a la Convención de los Derechos del Niño, instrumento jurídico supremo que rige el tratamiento de menores.

2 BLOSSIERS HUME, Juan José, Pandillerismo Prevención & Enmienda, Edt. Disartgraf, Lima, 2005, Pág. 147

3 FICHTER, Joseph, Sociología, Edt. Biblioteca HERDER, Barcelona, 2000, Pág. 127

4 VILAFRANCA, José Carlos, Delincuencia Juvenil, Edt. Pirámide, Barcelona, 2000, Pág. 234.

5 TAFUR GUPIOC, Esperanza, MINDES Ente Rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente. En Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes, Lima, 2000, Pág. 88

*En el Código de los Niños y Adolescentes de 1993, regía la investigación y juzgamiento de los menores que cometían infracciones a la Ley Penal; pero no contemplaba el Pandillaje Pernicioso como figura infractora, porque su tipificación ha sido insertada en el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes del año 2000, en el Capítulo IV desde el artículo 193 al 199.*

En razón de este concepto, se ha apreciado al adolescente infractor como una categoría jurídica, por lo que pasa a ser sujeto de derechos establecidos en la doctrina de **Protección Integral**, inclusive del debido proceso. En buen romance, se implantaba el concepto del adolescente infractor, implícita en el derogado Código de Menores de 1962, que se alineaba a la doctrina de la **Protección Irregular**, prescindiendo considerarlo como una persona en proceso de formación pasible a ser reorientado y por ende capaz de orientar su conducta, o sea recuperable sin discurrir que es un sujeto que tenía el derecho a ser reorientado en su desarrollo integral, mejor dicho a que se le reeduque.

#### 4. RAÍCES DE LAS PANDILLAS

Podemos afirmar que las Pandillas se originan por las siguientes causales:<sup>6</sup>

**A. LA DESINTEGRACIÓN FAMILIAR Y EL ABANDONO MORAL.-** Es la principal causa para que los niños (hay situaciones verificadas por la policía de apenas siete u ocho años), adolescentes y jóvenes se incorporen a pandillas. La familia como integración básica de la sociedad está en crisis; hay un alto porcentaje de separaciones y abandono familiar. Por ende, la ausencia de los padres, mortificados por la situación económica dedican más tiempo a la obtención del ingreso familiar, forjando un vacío que la sustitución de la crianza de los hijos por otros familiares empleados o conocidos no puede llenar, porque no guardan el mismo interés por su educación comunitaria. La falta de una permanente educación básica de los valores de la vida.

**B. LA DESOCUPACION Y EMPLEO.-** Es para el usual de los jóvenes difícil conseguir un empleo, debido a su menor nivel educativo y limitadas capacidades y habilidades, así como por los prejuicios y desconfianza que generan en sus potenciales empleadores, debido a su vestimenta y adornos físicos, como son tatuajes, aros, cortes, pearseng, etc.

**C. LA VIOLENCIA SOCIAL Y FAMILIAR.-** Después de más de diez años de violencia social en nuestro país, las nuevas

generaciones han espektado un ambiente que ha convivido con la muerte y la destrucción, y principalmente, con la pérdida del respeto a la vida; el desprecio a la autoridad y las leyes; al derecho de los demás, ideas y actitudes que promovieron tanto los grupos subversivos, como la guerra social desarrollada desde el Estado para reprimirla.

**D. LA NECESIDAD DE PERTENENCIA.-** Uno de los elementos de las «Pandillas» es este sentido de pertenencia, que se desarrolla en su interior, esto cubre una necesidad importante en el adolescente, porque como hemos visto provienen básicamente de familias donde por la desintegración son excluidos de este espacio. En definitiva, necesitan mucho más que otros adolescentes, sentirse apoyados. Este ámbito lo encuentran en la «pandilla», con gentes organizadas, líderes; secuaces, que al igual que ellos son desertores escolares y prófugos de hogares.

**E. LA POBREZA, MARGINACION Y EXCLUSIÓN SOCIAL.-** Si bien la pobreza no es justificación para la existencia de las Pandillas, esta situación contribuye. Se sienten marginados de oportunidades para su desarrollo personal y familiar, convirtiéndose en resentidos sociales creando sus propias normas, valores, conductas y expresiones de vida en la que se impone como práctica el ejercicio de la violencia.<sup>7</sup>

#### 5. PECULIARIDADES DE LAS PANDILLAS

Las Pandillas están compuestas por niños y jóvenes cuyas edades oscilan entre 07 y 18 años. Sabemos que algunos adultos se asocian alas Pandillas de adolescentes. Están conformadas por más hombres que mujeres; estas últimas constituyen más bien un vínculo en el grupo, no tienen responsabilidades importantes. Los lugares de reunión son diversos, en la calle, parques, billar, en un bar, etc.

Segun la oficina de estadística de la DIRPACI (Dirección de Participación Ciudadana), en Lima y el Callao hay más de 12 mil pandilleros, con un promedio de 1000 pandillas contando con niños de 12 y 13 años, aunque últimamente la policía ha detectado desde 7 u 8 años, junto a la mayoría constituida por adolescentes y jóvenes. Sus «juegos» son: robos en la vía pública con cuchillos y peleas a muerte.<sup>8</sup> Es un problema que abarca desde la Policía, Municipalidad, Confesiones Religiosas, Ministerios y fundamentalmente a los Padres de Familia, es decir: a toda la sociedad y que se debe procurar enfrentarlos con vigorosos y multidisciplinarios programas de dos vertientes claramente delineados: 1) De Prevenciones 2) De Enmiendas, con un conocido alarmante mapa de pandilleros, instalados en distritos como: Villa el Salvador, el Agustino, San Juan de Miraflores, Carabayllo, el Rímac,

6 Ibidem. Pág 91

7 GUZMAN BELZU, Edilberto Jaime, Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes, Edit RAIG Jurídicas SRL, Lima, 2006, Pág 91.

8 Estudio realizado por la Compañía Apoyo. Publicado en El Comercio del 02-07-2002



San Juan de Lurigancho, Villa María del Triunfo, Surquillo, Chorrillos, San Martín de Porres, La Victoria, etc.

En suma, es evidente que existe una relación directa entre la existencia de las pandillas y del medio social son un ejemplo, fíjate explicaciones que parecen simples. Existen pandillas en Surquillo pero no en el vecino Distrito de San Isidro. ¿Cuáles son las razones? Saltan a la vista. La calidad de la educación, las satisfacciones y las carencias primordiales que corresponden a diferentes estratos, de la pirámide socio-económica del país.

## 6. CONCLUSIONES

**Primera:** A nivel dogmático, concurren dos enfoques dirigidos al menor de edad contemplando dos aspectos: «De la Situación Irregular» y «De la Protección Integral». Ambos tienen un común denominador: el reconocimiento de los derechos del menor que lo convierte en una persona inserta en una sociedad democrática donde se registre la dignidad del ser humano en base a la igualdad, a la libertad y a la justicia social.

**Segunda:** Debemos fomentar el respeto a la dignidad del niño y adolescente para fortalecer a la vez el sentido de reverencia a los derechos y libertades de terceros tutelares, buscándose explícitamente que la denominada «internación» o

«ubicación institucional», instaure una diferente manera de privar la libertad individual, en cuanto a su régimen, aun cuando sea hecha como contestación reglamentaria, encaminada a maximizar el intento programático de mejorar conductas.

**Tercera:** En la situación de abandono de un menor, esta de por medio el orden público; no sólo el presente de un niño que no recibe la educación y atención esencial cuyos derechos están consagrados por los organismos del Derecho Internacional y la legislación nacional.

**Sexta:** El pandillerismo como drama social, se ha acrecentado en forma alarmante en los últimos años, pasando a convertirse en un problema que cada vez genera mayor preocupación nacional, tanto por su incremento cuantitativo como por su progresiva peligrosidad cualitativa.

**Décima:** La delincuencia está presente en todos los grupos socioeconómicos. Si bien en diversos casos, no llegan a los estratos judiciales, los delitos de los adolescentes antisociales de las clases superiores económicas a menudo superan en gravedad a los que tienen por actores adolescentes de clases populares llamativos por su número y espectacularidad callejera.

## BIBLIOGRAFIA

1. BLOSSIERS HOME, Juan José, Pandillerismo: Prevención & Enmienda, Edit. Disartgraf, Lima, 2005.
2. CARRANCA TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Edit. Porrúa, México D.F., 1982.
3. FICHTER, Joseph, Sociología, Edit. Biblioteca HERDER, Barcelona, 2000.
4. GUZMAN BELZU, Edilberto Jaime, Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes, Edit. RAO Jurídicas S.R.L., Lima, 2005.
5. TAFUR GUPIOC, Esperanza, MINDES: Ente Rector del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente. En Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes, Lima, 2000.
6. VILLAFRANCA, José Carlos, Delincuencia Juvenil, Edit. Pirámide, Barcelona, 2000.

# La importancia de un nuevo Código Penal



Por  
Carlos Zecenarro Matens\*

## EL PROYECTO DEL CODIGO PENAL.

**S**e tiene conocimiento que en la actualidad, se viene elaborando el proyecto de un *nuevo Código Penal*, por una Comisión especial integrada para el efecto, en el que debe sintetizarse coherentemente la frondosa legislación penal actualmente existente, que es el resultado de un gran número de modificaciones y leyes especiales que se han expedido.

Al respecto, se han vertido importantes opiniones, en el sentido que en el contexto de ese nuevo Código, debe incidirse entre otros muchos aspectos, en su carácter preventivo, la proporcionalidad y racionalidad de las penas y la estandarización de las mismas. Pues, actualmente se evidencian algunas discordancias, como ocurre por ejemplo con el delito de homicidio que atenta contra la vida de las personas que es el bien supremo de cada ser humano, ( Art.106 del C.P.) para el que se establecen penas que fluctúan entre seis y veinte años de privación de la libertad; sin embargo para otros delitos que afectan el patrimonio o la libertad sexual, que si bien es cierto también revisten

gravedad, se han fijado penas que llegan a la cadena perpetua (Arts.173 y 189 del C.P.).

Es evidente que, muchas normas que se han expedido, han venido respondiendo a la urgencia que exige una rápida respuesta a hechos delictivos que afectan y conmueven a la sociedad, situación que ha permitido que se emitan dispositivos muchas veces coyunturales y efectistas en materia penal (sustantivas, procesales o de ejecución), tendientes fundamentalmente a agravar determinadas conductas, incrementar las penas o suprimir beneficios penitenciarios, conforme entre otros ha ocurrido hace algún tiempo al promulgarse la Ley Nro. 29407, que versa sobre reincidencia, habitualidad, delitos contra el patrimonio y otros aspectos.

Frente a esa situación, en el aspecto sustantivo, se considera fundadamente que es necesario enmarcar toda norma de esta índole, dentro de una política criminal definida e integral, técnicamente elaborada.

En la perspectiva procesal, como ya se ha comentado reiteradamente, resulta imperiosa la necesidad de lograr la vigencia a nivel nacional del

\* Juez Superior (I) Presidente de la Primera Sala Penal (Reos en cárcel) del Callao. Ex Presidente de la Corte Superior del Callao.



Código Procesal Penal, cuyos plazos de gradualidad podrían reducirse; en cuyo propósito se advierten notables esfuerzos del Poder Judicial y el Ministerio Público. Pues, la aplicación de un nuevo sistema acusatorio (garantista o adversarial), no solo se viene produciendo en el Perú, habida cuenta que están ya vigentes en Guatemala que la aprobó todavía en 1994 y fue seguido por Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, México, Paraguay, Venezuela, República Dominicana y Panamá.

#### **ALGUNOS APUNTES SOBRE POLÍTICA CRIMINAL**

No se ha conceptualizado con claridad sobre lo que se entiende por política criminal, por lo que para contribuir de alguna forma a su esclarecimiento, debemos señalar que diversas han sido las opiniones que se han vertido sobre el particular, destacándose lo expuesto por Dorado Montero, al aseverar que "la política criminal se ocupa en buscar medios para la lucha eficaz contra el delito, fin único de la justicia penal".<sup>1</sup>

A su vez, Von Liszt, en una acotación de Jiménez de Asúa, señala que la política criminal constituye un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen valiéndose de los medios penales (pena) o como de las medidas de seguridad.

No se advierte que en el Perú, integralmente se hayan debatido y aprobado los principios básicos y líneas fundamentales de esa política, para afrontar la problemática del incremento delictivo que azota el país.

En nuestro ordenamiento jurídico, a criterio nuestro, se percibe que la política criminal está inmersa en la Constitución Política del Perú de 1993 (Arts. 2, 139, 140 entre otros), en el Código Penal de 1991, en el C. de P.P. aún todavía vigente, en el Código Procesal Penal y en el Código de Ejecución Penal.

#### **SU EFICACIA FRENTE AL DELITO.**

Realizando una reflexión final en esta síntesis, podemos afirmar que un nuevo cuerpo normativo, cuidadosamente elaborado y coherente, constituirá un instrumento eficaz en la lucha contra la criminalidad, dentro de un Estado Democrático de Derecho.

Pues, la criminalidad constituye un fenómeno social complejo y pluricausal, consistente en el número de crímenes cometidos en un territorio y tiempo determinados; para luchar efectivamente contra él, es necesario contar con una legislación actualizada que se enmarque en los principios que la Constitución Política del Perú establece.

<sup>1</sup> "Bases para un nuevo Derecho Penal", Barcelona, Miquel Gallach, página 127

# La Autoría y la Complicidad en el Código Penal Peruano: Lineamientos



Por  
**José Urquiza Olaychea**  
Abogado

## I. INTRODUCCIÓN.

1.- El Código penal peruano ha establecido claramente las reglas de autoría y participación. Así, el artículo 23 contempla tres supuestos de autoría: autoría directa, autoría mediata y coautoría<sup>1</sup>. Por su parte, los artículos 24 y 25 contemplan las diversas formas de participación criminal, correspondiendo el artículo 24 a la instigación, y el artículo 25 a la complicidad –primaria y secundaria–.

2.- Conforme al CP no se puede hablar de "complicidad" en sentido autónomo, sino en relación a un autor. El autor, en el sentido del CP, es aquél sujeto que se encuentra en relación directa con el delito que se haya previamente descrito en la parte especial del CP o en leyes penales especiales que tienen los mismos efectos. Por ello, el autor realiza el tipo penal de autoría y no otro. Esto ha sido acogido por el CP en el artículo 23, cuando indica: "son autores los que realizan el hecho por sí solos". La jurisprudencia ha proseguido tal planteamiento, al

señalar que: "en el proceso ejecutivo del delito es autor y no cómplice aquél que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho, que el sentenciado ha sostenido las riendas del acontecer típico (...), habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado"<sup>2</sup>. El tema de los partícipes tiene otra base normativa y, por tanto, otra comprensión en la realización del tipo penal, se plantea en grado de cooperación, colaboración o apoyo, es decir, "la contribución debe ser eficaz"<sup>3</sup>, en consecuencia, en relación al hecho punible, ocupa una posición de segunda línea pues, lo central es el hecho del autor. El CP acepta el principio de "accesoriedad en la participación"<sup>4</sup>.

## II. LA AUTORÍA.

3.- El "autor" que describe la ley penal lo hace en abstracto y con carácter general, así cuando señala: "El que..." refleja un sujeto anónimo o cuando se

1 Vid. Sentencia del caso Fujimori de 30 de diciembre de 2009: RN N°19-01-2009 A.V. Lima. En la sentencia se señala los alcances del art. 23 del CP y reafirma que el CP-Perú ha optado por la teoría del dominio del hecho, p. 40. Vid. URQUIZA OLAECHEA, José. "El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el código penal peruano", en: *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Lima, IDEMSA, 2007, p. 581 y ss.

2 Vid. URQUIZA OLAECHEA, José. *Código Penal T. I*. Lima, editorial IDEMSA, 2010, p. 138. La referencia a la jurisprudencia: RN 4354-07/Lima 02-08-07.

3 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal parte general*, 4ta. Edición, puesta al día por Hernán HORMAZABAL MALARÉE. Barcelona, editorial PPU, 1994, p. 449.

4 MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal parte general*, 6ta edición, Barcelona, Edil. Reppertor, 2002. Destaca el profesor catalán lo siguiente: "La accesoriedad de la participación. A) El fundamento del castigo de la participación conduce al principio supremo de la teoría de la participación: el principio de la accesoriedad limitada de la participación. Significa, por una parte, que la participación es accesoria respecto del hecho del autor, pero también, por otra parte, que depende de éste hasta cierto punto: basta que el hecho del autor sea contrario a Derecho (antijurídico). No es preciso que además sea personalmente imputable al autor (o como suele decirse; no es preciso que el autor sea "culpable") p. 390. Seguidamente, indica: "no sólo consagran el principio de la accesoriedad limitada para la recepción y el encuadramiento, sino que confirma que el "autor del hecho" puede ser personalmente imputable o hallarse exento de pena" p. 391. Vid. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal parte general*, Lima, GRUJLEY, 2008. *Plantea el profesor la teoría diferenciadora entre autoría y participación*, p. 554.

refiere a sujetos especiales propios: "El funcionario..." especifica un marco situacional concreto en un proceso de relaciones determinadas, como podría ser el caso del prevaricato del artículo 418 del CP, donde la figura central es el Juez o el Fiscal y de ellos se puede establecer una precisión conceptual y material en virtud de elementos normativos que definen su calidad de Juez o de Fiscal. Por tanto, por sus propias características son excluyentes; a estos casos se les conoce como delitos de infracción del deber<sup>5</sup>.

## II.1. Concepto unitario de autor.

4.- Para conceptualizar al autor es necesario ubicar algunas opciones teóricas que han intentado definir el contenido jurídico de autor. **El concepto unitario de autor**, planteó que no es conveniente diferenciar entre autoría y participación y, para ello, se sirvió de la teoría de la equivalencia de las condiciones: si toda condición del hecho, en su concreta configuración, es causa del mismo, entonces, todos los que aportan alguna intervención al hecho deben ser causa del mismo y, por tanto, autores. Aquí, se percibe la "idea" de la obra común de todos aquellos que "causalmente" se encuentran unidos, de alguna forma, con el hecho (con el delito y con la lesión del bien jurídico) y, por ello, a todos se les debe aplicar una sanción por igual. No extraña que se perciba en la tesis unitaria que todos aquellos que participan en el delito son peligrosos o, de otro lado, que quien participa en el delito evidencia su voluntad criminal. Esta tesis, salvo el caso extraordinario del artículo 110 del CP Italiano que castigaba por igual a todos los sujetos sin distinción alguna—caso por la influencia de la Escuela positiva italiana— fue admitida por esa legislación.

## II.2. Concepto extensivo de autor.

5.- El concepto extensivo de autor utiliza la teoría de la equivalencia de las condiciones y de ella deriva que todos los que aportan alguna intervención al hecho son causa del mismo. Ahora, admiten que la ley hace distinciones y tal distinción o diferenciación la encuentran en los aspectos subjetivos del sujeto: será autor quien obre con ánimo de autor (*animus auctoris*), y será partícipe quien actúe con ánimo de partícipe (*animus socii*). Esta teoría conocida como "teoría subjetiva de la participación" es el complemento de la teoría extensiva de autor. Las críticas a la teoría subjetiva de la participación surgen precisamente de aquella "subjetividad" que pretende imponerse y que ha traído como consecuencia situaciones contradictorias,

**El Código penal peruano ha establecido claramente las reglas de autoría y participación. Así, el artículo 23 contempla tres supuestos de autoría: autoría directa, autoría mediata y coautoría.**

como cuando se castiga como cómplice a quien con propia mano daña el bien jurídico. Caso paradigmático es la sentencia de Reichsgericht 74, 84 (85), que condenó como cómplice, y no como autor, a quien había matado a un niño recién nacido a solicitud y por interés de la madre. Al sancionar a título de cómplice a quien había matado al niño, se evidencia una profunda subjetivización de la responsabilidad penal. La voluntad del autor (interés) no puede constituir el baremo en que se afirme la distinción material entre autor y cómplice. La teoría subjetiva de la participación no tiene acogida en el CP de Perú dada las distinciones legales mencionadas en la ley.

6.- En la línea del desarrollo de la teoría extensiva o concepto extensivo de autor es necesario abordar el tema del "acuerdo previo", según la cual basta para ser autor una previa resolución conjunta de ejecutar el hecho punible entre varios, al margen los actos materiales realizados. Se ha observado a la postura del "acuerdo previo" que es incompatible con los requisitos que impone la ley penal [*verbi gratia*: realizar por sí o por medio de otro el hecho punible] y que expresiones penales de carácter objetivo que no pueden ser reemplazadas por datos subjetivos, en realidad datos eminentemente subjetivos, que no aparecen en la ley penal como fundamentadoras de autoría. Esta respuesta se corresponde con el principio de legalidad penal, si bien es cierto que los supuestos de acuerdo previo constituyen una laguna, en cuanto evidencia de voluntades de lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, ésta no puede ser llenada infringiendo precisamente la ley. Con razón ha recordado Juan Bustos que la teoría del acuerdo previo pone su acento en aspectos subjetivos: en la resolución común de los partícipes de llevar a cabo un delito con reparto de papeles *dejando de lado la contribución efectiva en la realización del hecho acusado*. En suma, con este criterio amplio y subjetivo nadie se escapa de la condición de autor<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Vid., SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Fundamentos filosóficos de la participación de los extranjeros en los delitos de infracción del deber*. Tesis de pregrado, Facultad de Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2009, asesor José Urquiza Olancha, calificación: sobresaliente. Según Salazar, siguiendo la doctrina de Günther Jakobs, en los delitos de infracción del deber "la responsabilidad surge del quebrantamiento de deberes institucionales", p. 83. Véase el desarrollo que hace sobre los delitos de infracción del deber, p. 83 y ss.

<sup>6</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit. p. 435. Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*. Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones e Intercambio, 1968. Respecto al "acuerdo previo" en la doctrina española, véase p. 54 y ss. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en Derecho penal*. Barcelona, PPU, 1991. Respecto a la teoría del acuerdo previo, p. 349 y ss.

### II.3. Concepto restrictivo de autor.

7.- El concepto restrictivo se asienta en la necesidad de moderar tanto la teoría unitaria de autor como el concepto extensivo; el concepto restrictivo es precisamente lo opuesto. Así, conforme el concepto restrictivo no todo el que es causa del delito es autor. Es decir, no todo aquél que interpone una condición causal realiza el hecho, para ser autor se requiere determinadas características que las determina el tipo legal concreto. Los casos de inducción y complicidad se consideran "causas de extensión de la punibilidad", porque su intervención quedaría impune si no fuera porque se encuentra señalada en la ley, con lo cual nuevamente se entiende que la participación se rige por el principio de accesoriedad en cuanto depende del hecho del autor.

8.- Del concepto restrictivo de autor se desprenden tres posiciones: la teoría objetivo formal, la teoría objetivo material y la teoría del dominio del hecho. En primer lugar, la "teoría objetivo-formal" que incide en que lo esencial es la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos señalados en el tipo legal. Lo importante es seguir la secuencia literal de la descripción típica y de todos los elementos que ella ha configurado para la protección del bien jurídico. Sin embargo, ésta teoría no ha podido superar la crítica que no contiene los supuestos de *autoría mediata* en los que el sujeto de atrás no realiza actos ejecutivos típicos, sino que éstos los realiza otro; no se piense que lo instrumentaliza si no que utiliza precisamente ese comportamiento para cometer un delito, estamos ante un intermediario. En los casos de *coautoría* también se plantean dificultades dado que, por sí mismo, el coautor realiza parcelas del hecho punible, que, objetivamente no amban a la determinación que se trata del acto ejecutivo

típico que exige ésta teoría. También, colocar toda la fuerza en el aspecto objetivo limita la determinación de la autoría en cuanto el aspecto subjetivo queda al margen de toda valoración. Bajo esta teoría se puede plantear el hecho que el jefe de la banda que no realiza acto ejecutivo típico alguno, no será considerado coautor pues literalmente queda en un segundo plano<sup>7</sup>.

9.- La **teoría objetivo material** a diferencia de la teoría objetivo formal que se apoyaba en la idea de la realización ejecutiva típica, ésta, considera que lo esencial en la determinación de la autoría y por tanto la participación radica en la "contribución más importante". Asentada en la causalidad, será autor el que pone la causa del hecho punible y participe quien pone la condición. De ahí, que la denominación de "causalidad eficiente" será atribuida al autor. Se le ha objetado a la teoría objetivo material que no existe un medio razonable de distinguir entre causa y condición, pues, de la causalidad por sí misma no es posible derivar diferenciaciones como que en un caso es causa y en otro condición<sup>8</sup>. También queda irresoluto el problema de la autoría mediata y los casos de *coautoría* en que la contribución no necesariamente es importante<sup>9</sup>.

### II.4. El dominio del hecho.

10.- La **teoría del dominio del hecho** se desenvuelve en el marco de aceptar elementos objetivos y subjetivos al momento de determinar la autoría y diferenciarla de la participación<sup>10</sup>. Siguiendo a Weizel, autor es el señor sobre el hecho, en cuanto él tiene el dominio de la decisión y su ejecución; quien lo instiga o lo ayuda en eso contribuye en el acto, pero no lo domina. Sin embargo, ha sido Claus Roxin quién le ha dado la fundamentación jurídico-penal de mayor trascendencia. Para éste, el autor es la figura central del acontecer en forma de acción. Así, autor, coautor y autor mediato están en el centro del hecho y el inductor y los cómplices se encuentran al margen. Autor, es quien tiene el dominio del hecho. Quién tiene el dominio por sí mismo, esto es, que controla la acción típica es autor. Quién tiene dominio sobre la voluntad de otro y realiza la acción típica es autor a título de autor mediato, dado que, sirviéndose de otro, sea por control de la voluntad mediante coacción, por aprovechamiento de error de otro, por incapacidad de culpabilidad del ejecutor material del acto típico, sea porque se utiliza un aparato organizado de poder. Y, en los casos de *coautoría* donde el dominio del hecho se presenta de forma funcional, en cuanto todos participan de la resolución delictiva, todos son elementos centrales de la acción típica. También ha sido Roxin quién sugirió la diferencia entre delitos comunes y delitos de infracción del deber que se caracterizaba por la infracción de deberes específicos.



7 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal parte general, Lima, GRILEY, 2006, p. 466.

8 MIR PUIG, Santiago, ob. cit. p. 374.

9 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, ob. cit. p. 466.

10 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, ob. cit. El mencionado autor desarrolla ampliamente la teoría del dominio en la Sección Tercera, p. 545 y ss.



11.- A través de las normas del Código Penal se puede precisar por descarte o exclusión que no se acepta el "concepto unitario de autor" [es autor todo aquél que realiza una contribución causal al hecho]; en tal virtud, se advierte que el CP divide autoría y participación [vid. Arts. 24 y 25 del CP]. Al parecer, tanto en el art. 23 del CP que describe autoría, coautoría y autoría mediata y las reglas de la participación permiten aceptar que los criterios de distinción se establecen en base material, es decir, tanto los aspectos objetivos como subjetivos<sup>11</sup>. Este planteamiento resulta lógico en cuanto parte del supuesto general: autor es el que tiene el dominio del hecho, aquel sujeto que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encauzarlo hacia el objetivo determinado.

### III. LA COMPLICIDAD

12. La complicidad es una contribución o colaboración a la realización de un delito. La complicidad sólo puede darse a nivel de preparación o durante la ejecución del delito. Este límite surge diseñado estrictamente por la ley penal [así cuando precisa en el art. 23 CP que es autor: "El que realiza por sí (...) el hecho punible"]; de lo que deriva que toda colaboración o contribución no puede ir más allá de la realización del delito, esto es, no hay complicidad después de la consumación del hecho.

13. De un lado, tenemos, los denominados "actos anteriores" que representa la etapa preparatoria y los "actos simultáneos" que cubren la etapa de ejecución<sup>12</sup>; pero, ello no quiere decir que en una etapa se es cómplice primario y en otra secundario, pues, la norma no establece ningún criterio en tal sentido. Lo relevante, es que la colaboración va hacia un hecho determinado, con conciencia que se colabora. En realidad, en la redacción de la complicidad el CP no ha señalado líneas definitorias, sino unos presupuestos que el Juez tendrá que valorar y llenar en cada caso concreto [el art. 25 señala lo siguiente: "**El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena**"].

14. Así, por ejemplo Villa Stein<sup>13</sup> considera cómplice primario al gerente que presta la clave de la caja de seguridad, antes del asalto, pues si es durante el mismo será autor. Según el autor citado es cómplice primario,

***La teoría objetivo material a diferencia de la teoría objetivo formal que se apoyaba en la idea de la realización ejecutiva típica, ésta, considera que lo esencial en la determinación de la autoría y por tanto la participación radica en la "contribución más importante".***

cuando su cooperación es imprescindible a la luz de la identidad objetiva de su aporte sin el cual el hecho no se hubiera concretado a la luz del momento en que se produce el aporte. Será cómplice secundario quien presta una colaboración no imprescindible y sin la cual igual podría realizarse el tipo. Normalmente, se entenderá como caso de cooperación secundaria la del campana o vigilante.

15. Respecto al *límite de la participación que se acepta en la complicidad*, ha puesto de manifiesto García Caveró: "Una vez consumado el delito, sólo los actos que en unidad de acción con la ejecución del delito ayuden al agotamiento del delito podrían dar lugar a una complicidad punible (por ejemplo, ayudar a llevar a buen recaudo los bienes que se han introducido subrepticamente al territorio nacional). Por el contrario, los actos posteriores que tiendan a favorecer la consecución de la finalidad del autor del delito (por ejemplo, ayudar a comercializar las mercancías procedentes del delito) no serán actos de participación, sino, en todo caso, otro delito si se encuentra tipificado (como por ejemplo, el delito de receptación)"<sup>14</sup>. Esta precisión es de suma importancia, por un lado porque determina el ámbito de acción en que al sujeto se le puede atribuir complicidad. De otro, la esfera de la complicidad [primaria o secundaria] y su concepción estrictamente jurídica inciden en el mantenimiento del principio de legalidad en su expresión de seguridad jurídica.

16. Ahora bien, la complicidad se viene entendiendo como colaboración en *hecho ajeno*. Así, la jurisprudencia nacional ha consignado en diversas oportunidades: "La participación de la comisión de un delito, supone una conducta accesoria por parte del agente" [CP/JUO, p. 144]; o, "La complicidad secundaria se encuentra en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o coautores"<sup>15</sup>.

11 Vid. ROSALES ARTICA, David. *Complicidad delictiva*, Lima, 2010, inédito, p. 26.

12 MIR PUIG, Santiago, ob. cit. p. 403; Villavicencio Terreros, Felipe, ob. cit. p. 523; GARCÍA CAVERO, Percy, ob. cit. p. 591.

13 VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal parte general*, 2da. edición, Lima, editorial San Marcos, 2001, p. 311. En la 3era. ed. Lima, GRUJLEY, 2006, mantiene la misma tesis, p. 333.

14 GARCÍA CAVERO, Percy, ob. cit. p. 591.

15 URQUIZO OLAECHEA, José, *Código penal*, ob. cit. p. 145.

17. En la doctrina, Villavicencio ha señalado de forma expresa que "Participación es la cooperación dolosa en un hecho ajeno (...) Partícipes son aquellos cuya actividad se encuentra en dependencia, en relación a la del autor. El partícipe interviene en un hecho ajeno". Es por esa razón que la participación se puede caracterizar de manera negativa, pues, no ejecuta la acción, no comete el delito, no realiza el tipo principal. Arriba a la conclusión: "... los tipos de lo injusto de la parte especial del Código Penal no abarcan el comportamiento de los partícipes en su descripción. El partícipe realiza un tipo dependiente del principal, pues sólo a través de la comisión de un delito, por parte de un autor, se le podría aplicar lo dispuesto en los artículos 24 y 25 del Código Penal"<sup>16</sup>.

18. En la actualidad la tesis que el cómplice colabora en hecho ajeno ha sido replanteada. Así, por ejemplo Percy García indica que cuando se contribuye a un delito en un contexto delictivo pasa a ser una obra también de los cómplices, quienes tienen cierto grado de dominio del hecho, sobre todo en lo que respecta al "como" del delito. La diferencia con el autor no se encuentra en la competencia por el hecho (el cómplice es tan competente por el delito como el autor), sino en una menor cantidad de dominio sobre el hecho que configura el delito<sup>17</sup>. Para SALAZAR SÁNCHEZ, este planteamiento normativo se sostiene en la idea que el cómplice tiene libertad de decisión y organización conforme las reglas del ordenamiento jurídico vigente y de otro que existe un deber general que ordena no apoyar la realización de un hecho punible por parte de otro<sup>18</sup>. Esta conceptualización se encuentra en la idea del "*neminem laede*" que parte del principio de "*no dañar a los demás*". En un mundo en sociedad, no es posible fundamentar la lesión a otros o dicho en palabras del filósofo alemán Immanuel Kant: "no lesiones a nadie" que es el fundamento material del "*neminem laede*" y que se extiende aún cuando tengas que romper toda unión con los demás y rehuir toda sociedad<sup>19</sup>. Trasladado al Derecho penal el deber de "no dañar", se puede establecer lo siguiente: "no crees riesgos prohibidos en ámbitos de competencia ajenos para que exijas a los demás que no menoscaben los tuyos (...)"<sup>20</sup>.

19. De esta concepción fluye que, en el plano normativo, tanto la acción como la omisión puedan generar

consecuencias dañosas, por tanto, se relativiza cualquier distinción, lo prevalente se encuentra en el deber general de no lesionar bienes jurídicos de terceros, pues, en esencia se convierte en una interferencia a las esferas de libertad ajenas que el Derecho penal no tolera, dado su carácter desestabilizador de las relaciones entre los sujetos [respeta a otro en su Derecho y serás respetado en tu Derecho]. Es, en ese sentido, que la "complicidad" obtiene un fundamento diferente, así, quien contribuye con terceros a dañar o lesionar a terceros, es autorresponsable de su acción u omisión en esa "contribución" lesiva. La consecuencia directa es que ya no se admite que la participación se conciba como la colaboración en "hecho ajeno", sino que es un "hecho propio" y en su relación con el delito aprecian, que, en la parte especial del Código Penal se describe un ámbito situacional concreto [una perturbación] de forma genérica y no señalan ni excluyen a los partícipes; el delito expresa comunicación en sentido normativo, por tanto, es un mundo de deberes, y, el *neminem laede* indica que se debe evitar conductas dañosas, el Derecho valora el quebrantamiento del deber en sentido negativo, y lo denomina "deberes negativos"<sup>21</sup> y, por tanto, quien los realiza asume sus consecuencias jurídico penales.

#### IV. CONCLUSIONES.

- 1.- El CP indica que existen diferencias entre autoría y participación y cada uno tiene un contenido jurídico predeterminado. Es decir, no existe un concepto unitario de autor.
- 2.- El CP ha adoptado el concepto restrictivo de autor en su expresión del dominio del hecho, según el cual la autoría se fundamenta en el dominio de la configuración del injusto penal.
- 3.- La complicidad en el CP se vincula a la colaboración o contribución en hecho ajeno de forma eficiente. Tanto en su versión de complicidad primaria como secundaria.
- 4.- La complicidad tiene como punto determinante [extremo] la ejecución del delito. No hay complicidad post delicto.
- 5.- Las contribuciones posteriores a la ejecución del injusto penal no constituyen formas de complicidad, por el contrario, configuran injustos penales específicos, por ejemplo, receptación, encubrimiento, etc.

16 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, ob. cit., p. 492,493.

17 GARCÍA CAVERO, Percy, ob. cit. 591.

18 De forma amplia, fundamentando el injusto penal del partícipe en los delitos comunes y en los delitos de infracción de deber, véase SALAZAR SÁNCHEZ, ob. cit., pp. 366 y ss.

19 KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Parte I (*Fundamentos metafísicos del Derecho*), p. 47. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, ob. cit., p. 299. El autor citando a Kant en su obra *La metafísica de las costumbres* avisa el desarrollo y consecuencias del *neminem laede*.

20 *Ibidem*, p. 307, 308.

21 *Ibidem*, p. 308.

# Maldita criminalidad

(La ausencia de una rápida reacción de los órganos de control penal primarios -básicamente a nivel policial- y la ausencia de identidad institucional como factor de incremento de la Criminalidad)



Por  
**Miguel Pérez Arroyo**  
*Profesor de Derecho en la Unidad de Postgrado de la UPSMIP  
Director General del Instituto Peruano de Criminología  
y Ciencias Penales (INPECCP)*

Una pregunta que corrientemente se hacen los medios respecto de la escalada de delitos violentos que están ocurriendo en los últimos meses a la capital peruana y alguna otra ciudad de importancia en el Perú, como es Trujillo, lo es en razón de sus causas, motivos y factores que así lo permiten y posibilitan.

Siendo que aún cuando las hipótesis respecto de las causas de la disparada que ha tenido de la criminalidad sean muchas, sólo unas cuantas (y en el Perú nunca estudiadas ni tan siquiera en las escuelas de Derecho ni mucho menos en las maestrías en Ciencias Penales de las diferentes Universidades), pueden darnos ribetes de ciencia, de ciencia criminológica, por tanto de fiabilidad y confianza. Bajo esta lógica, lo que se tiene que tener por sentado en lógicas de predictibilidad (base de la ciencia en general), criminológica es la existencia de factores que inciden en la aparición de la conducta criminal; ya sea que ésta se exprese de modo individual o colectivo. Y ya sea también que estos factores condicionen o determinen dicha aparición de la conducta colectiva. Bajo este prisma de análisis, debemos establecer con toda claridad que ningún factor por importante que sea desencadena por sí sólo una conducta delictiva sino tan sólo la

condiciona; y será bajo lógicas de confluencia de ellas (de dichos factores), que dicha conducta delictiva por fin aparezca. Toda interpretación contraria a ésta, ideologizada, sesgada sobre bases meramente filosóficas, es a científica. Es por ello que abordamos el problema en aplicación de la nueva criminología, la contemporánea, de orden a un método multidisciplinario y plurifactorial en la explicación etiológica del delito y de la conducta delincente, reconoce la existencia de un conjunto bastante predispuesto de factores (factores criminógenos), que van interactuando uno tras otro desencadenando finalmente en la aparición de la conducta delictiva y por tanto del delito. Ninguno de ellos es un factor suficiente y autónomo para hacer aparecer dicha conducta delictiva.

Partiendo que cuando un potencial delincente (o sea quien aún no ha cometido conducta alguna que se encuadre con alguna de las que describe el Código Penal como delito), o cuando uno que ya lo es (es decir ya lo ha cometido y se le ha declarado culpable de tal o cual delito), se decide por cometer un delito (que siempre va en escalada hacia arriba tal y como sucede con las conductas antisociales, primero se comienza con una pequeña dosis de rebeldía y se termina por realizar verdaderas



conductas destructivas -con la conformidad social-, lo primero que se pregunta es sobre el éxito de su "gestión". Sobre si, con la conducta que está planificando y que realizará, finalmente, le dará las satisfacciones del caso y sobre todo si no será atrapado por las Fuerzas de Seguridad. Pero sobre todo cómo a su favor un cálculo insospechado, los Agentes de las Fuerzas de Seguridad del Estado (léase la Policía Nacional del Perú), resultan muchas veces ser sus mejores aliados; ya sea por su lenta reacción, como también por la omisión inoperante de dichas Fuerzas de Seguridad en cumplir sus funciones para las cuales existen según mandato constitucional.

Por lo que ubicamos Tres sub factores podemos identificar a este respecto:

a. *La ratio de seguridad.* En Criminología situacional (de base preventiva y desincentivadora en la comisión de conductas delictivas), se conoce como ratio de seguridad aquel indicativo que resulta de operar aritméticamente la cantidad de población en una circunscripción determinada entre la cantidad de efectivos policiales destinados a brindar seguridad. Internacionalmente se ha concebido que ese ratio de seguridad no debe bajar de 1X800 (es decir, de un efectivo policial de seguridad pública por cada seiscientos habitantes).

Sin embargo en un estudio realizado por el suscrito entre los años 2003 y 2004, en la comuna de San Juan de Lurigancho, se detectó un alarmante déficit de seguridad. Así, en el sentido ya expuesto, se detectó que para un promedio de 1'800,000.00 habitantes que tenía el distrito hacia finales del año 2003 (actualmente se puede haber aumentado

perfectamente a 2'000,000.00 de habitantes); existían solamente un conjunto de 500 efectivos policiales, repartidos entre sus 12 delegaciones policiales. De este modo, su ratio de seguridad pública era de "1X 3, 600". Esto es, que había un efectivo policial por cada 3,600 habitantes en dicha comuna capitalina conformada, en aquel momento por 220 cantos poblados. Cantidad alarmante puesto que no todos los 500 efectivos policiales están realmente avocados a la seguridad ciudadana, sino que sólo un 70% de ellos lo están, o incluso menos, puesto que el resto realiza labores ya sea de orden administrativo o dados a la investigación en el campo de los delitos que se puedan cometer en la circunscripción territorial ya referida.

Por su parte, las noticias que tenemos respecto de Trujillo, la ciudad hoy por hoy, que más alarma ha tenido en términos de seguridad ciudadana, son peores. El engrosamiento poblacional que ha experimentado producto de su disperada económica e importancia empresarial en los últimos años, motivando migraciones internas e incluso externas (no es raro encontrar ciudadanos ecuatorianos, colombianos y bolivianos en dicha ciudad); ha hecho que ahora mismo Trujillo bordeé una población cercana a 1'200,000.00 habitantes. Esto es, que hay un efectivo policial por cada 3,000 ciudadanos en dicha ciudad.

B. *La pronta respuesta policial a las actuaciones delictivas concretas.* Para nadie es un secreto que cuando ocurre un hecho delictivo, la Policía llega tarde, mal y muchas veces nunca. El propio agraviado se deberá auxiliar con lo que puede, como pueda y muchas veces (ha

***Siendo que aún cuando las hipótesis respecto de las causas de la disparada que ha tenido de la criminalidad sean muchas, sólo unas cuantas (y en el Perú nunca estudiadas ni tan siquiera en las escuelas de Derecho ni mucho menos en las maestrías en Ciencias Penales de las diferentes Universidades),***

sucedido en algún caso), ha llegado a formular denuncia penal—transportándose por sus medios a la Comisaría—, antes que ir al Hospital y camino a él, simplemente llegó muerto. Bajo esta perspectiva los mecanismos de reacción policial (en tanto órgano de control penal), son más que deficientes. Uno de los motivos, sino el principal, es el bajo índice de ratio de seguridad que existe en el medio, pero también el equivocado modelo de seguridad ciudadana que hasta ahora no se ha sino parchado, creando los cuerpos municipales de seguridad, limitados y restringidos a lógicas de acompañamiento respecto de la aún persistente figura todopoderosa del Policía Nacional que cuida de las normas de tráfico rodado urbano e intraurbano, vigila el cumplimiento de las normas de civismo, vigila las carreteras no sólo al cuidado de operaciones de contrabando y demás, sino también de las normas administrativas de tráfico en carretera, etc. Cuando en lugar de mantener este modelo, se pudiera haber optado por uno de orden compartimentarizado en función a las labores de seguridad propias de ámbitos: urbanos (inter urbanos, intraurbanos), nacionales y rurales (o inter regionales o de ámbitos fronterizos). Es decir, de la creación de unos cuerpos de seguridad de policial municipal (por tanto una policía civil o de orientación civil, cuyo ámbito de función y especialidad sea el del control de todo aquello que signifique unas relaciones de buena vecindad—normas de tráfico intraurbano, normas de salubridad y sonido, de no violencia de género, etc.), de un cuerpo nacional de policía (también de orientación civil, especializado básicamente en la lucha contra la criminalidad urbana e inter urbana y de especialidad máxima como el de tráfico de drogas, terrorismo, contrabando, secuestro, etc.). A su vez, también, una de un cuerpo especial de policía militar al cuidado de las carreteras inter urbanas e inter regionales, a la vez que fronteriza.

Como su nombre lo indica, es un cuerpo de Policía, con capacidad de aprehensión y técnicas de investigación por tanto dotadas de un aparato de inteligencia predictivo, pero de orientación militar, toda vez que a estos niveles, el tipo de criminalidad que se mueve por el grado de afectación a bienes jurídicos diversos (pluriofensivos), denota una mayor peligrosidad del infractor, por tanto necesita una mayor capacidad de respuesta por parte del efectivo policial. En España, este modelo es el que existe por décadas y ha dado un buen resultado, siendo así que la mayoría de los países del primer mundo, también lo toman como tal.

- c. Un tercer sub factor a los ya señalados, es el de la corrupción generalizada en el sector policial. Esta corrupción tiene su etiología en la confluencia de muchos factores, los cuales es necesario conocer y entender. De un lado están ciertamente los bajos ingresos salariales de estos funcionarios del Estado, los cuales se ubican en el piso, incluso, en el subsuelo de la escala salarial del sector público, muy a pesar que arriesgan su vida en beneficio y seguridad de quienes la gozamos. Bajo estos términos, la baja autoestima que ello significa atrae tras de sí, lógicas de corruptela por parte del sector policial peor pagado (el de suboficiales y subalternos), a la vez que la falta de identificación con los valores institucionales lo hacen respecto de los altos mandos policiales o dicho de forma más descriptiva, de la alta oficialidad.

Es por tanto es un factor troncal por cierto, y como se ha dicho, no explica por sí solo la existencia de la criminalidad y su aumento en la capital y en la sociedad peruana contemporánea. Los demás factores, los demás desencadenantes, los iremos dando a conocer en futuras publicaciones que bien podrían merecer la pena a modo de reflexión.

# La Discrecionalidad del Juez en la concesión de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional según el Tribunal Constitucional peruano



Por  
**Jorge A. Pérez López**  
Asistente de Juez de la C.S. del Callao

Los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional permiten el egreso anticipado de la prisión del interno que demuestra una conducta positiva según los baremos del tratamiento penitenciario. La necesidad de introducir estas instituciones a nuestra legislación responde a razones criminológicas, economicistas y racionalistas, como las siguientes<sup>1</sup>: i) los innegables efectos criminológicos o reproductores de la prisionización; ii) los efectos deteriorantes difícilmente reversibles de la prisionización (y de cualquier institución total) prolongada; iii) la imposibilidad de ampliar definitivamente la capacidad hospedante de las instituciones totales; iv) la dificultad de mantener el status quo interno de las prisiones superpobladas, y v) la necesidad de disponer de alguna manera de pautas para el trato a masas de presos, pues la aplicación de beneficios penitenciarios puede responder a razones pragmáticas, como mantener el orden o la disciplina en los penales.

La exposición de motivos del Código de Ejecución Penal recoge un criterio despenalizador, de prevención especial positiva y material con respecto a

la estructura carcelaria en nuestro país<sup>2</sup>; entonces, los beneficios penitenciarios surgen como instituciones jurídicas de refuerzo a la progresividad del tratamiento resocializador, tendientes a generar en los internos un estímulo para la adopción de actitudes readaptativas; permitiendo adicionalmente mejorar las condiciones para el desarrollo de las interrelaciones dentro de los establecimientos penitenciarios.

La concesión de los beneficios penitenciarios no es automática, se necesita del cumplimiento de los requisitos señalados en el Código de Ejecución Penal<sup>3</sup> para que el interno pueda solicitar el beneficio, pero una vez realizado ello, corresponde a la discrecionalidad del juez penal el concederlos; respecto al tema, el Tribunal Constitucional peruano, en el segundo fundamento de la sentencia expedida en el Expediente N° 1431-2002-HC/TC se ha pronunciado de la siguiente manera: *“La concesión de los beneficios penitenciarios está sujeta a las disposiciones del Código de ejecución penal y leyes complementarias, así como al prudente arbitrio del Juez”*.

1 Zaffaroni citado por PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R. “Regulación y aplicación de los beneficios penitenciarios. ¿Por qué son incompatibles con un Estado social y democrático de derecho?”. En: Actualidad Jurídica N° 140, Lima, Julio 2005. Pág. 111.

2 Ibidem.

3 Art. 45° del Código de ejecución penal.- El Consejo Técnico Penitenciario, de oficio o a pedido del interesado, en un plazo de 10 días, organiza el expediente de semilibertad que debe contar con los siguientes documentos: 1. Copia certificada de la sentencia. 2. Certificado de conducta. 3. Certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención. 4. Certificado de cómputo laboral o estudio, si lo hubiera. 5. Informe sobre el grado de readaptación del interno, de acuerdo a la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario.

Art. 54 del Código de ejecución penal.- El Consejo Técnico Penitenciario, de oficio o a pedido del interesado, en un plazo de 10 días, organiza el expediente de liberación condicional que debe contar con los siguientes documentos: 1. Testimonio de condena. 2. Certificado de conducta. 3. Certificado de no tener proceso pendiente con mandato de detención. 4. Certificado de cómputo laboral o estudio, si lo hubiera. 5. Informe sobre el grado de readaptación del interno, de acuerdo a la evaluación del Consejo Técnico Penitenciario.



*“el Tribunal Constitucional peruano, ...se ha pronunciado de la siguiente manera: “La concesión de los beneficios penitenciarios está sujeta a las disposiciones del Código de ejecución penal y leyes complementarias, así como al prudente arbitrio del Juez”.*

Independientemente del cumplimiento de los requisitos formales que la ley establece, el otorgamiento de un beneficio penitenciario está sujeto a la previa evaluación judicial de que el interno puede ser reincorporado a la sociedad por haberse rehabilitado; en ese sentido, lo relevante es la evaluación judicial, y no el informe del Instituto Nacional Penitenciario, que es un dato indiciario sobre el proceso de rehabilitación y resocialización del condenado; así lo señala el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1607-2003-HC/TC, publicado el 13 de enero de 2004 en el Diario Oficial El Peruano, indicando además que en atención al fin preventivo de la pena que legitima el beneficio de liberación condicional, su concesión deberá requerir de parte del juzgador, además de una verificación del cumplimiento de los requisitos legales, de una actividad valorativa que determine si el tratamiento penitenciario ha logrado su cometido.

Según el criterio del Tribunal lo verdaderamente trascendental al momento de resolverse una solicitud de acogimiento a un determinado beneficio penitenciario, sería la evaluación del juez, pues si es que se admitiera que lo predominante para la concesión de los beneficios penitenciarios son los informes favorables expedidos por el Instituto Nacional Penitenciario en torno a si se cumplieron los fines de la pena, y se redujera la labor del magistrado a evaluar sólo si se cumplió con el plazo que la ley exige como mínimo para su otorgamiento, entonces, se desvincularía al juez de la verificación de una tarea que constitucionalmente le compete.<sup>4</sup>

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el otorgamiento de beneficios penitenciarios no está circunscrito solamente al cumplimiento de los requisitos que el legislador pudiera haber establecido como parte de ese proceso de ejecución de la condena o si se cumplieron o no los supuestos formales que la normativa contempla (como trabajo o estudios realizados, tiempo efectivo de internamiento, etc.), sino también a la evaluación del juez, quien está facultado, mediante



resolución motivada, a estimar si los fines del régimen penitenciario se han cumplido, de manera que corresponda reincorporar al penado a la sociedad, aun antes de cumplida la totalidad de la condena impuesta, si es que este muestra estar reeducado y rehabilitado, esto es, si los propósitos de la pena hubieran sido atendidos implicando ello que el delincuente, una vez liberado, no sólo quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo, deviniendo el beneficio en estímulo gratificante, para lograr su adhesión a esos modos de comportamiento que puedan valorarse como indicios de esa evolución positiva, cumpliendo las prescripciones de un programa de tratamiento individualizado.<sup>5</sup>

Los beneficios penitenciarios se conceden en función de la actitud de la persona sentenciada, es decir, el juez evaluará su actitud readaptativa y resocializadora en atención a los informes técnicos así como a partir de las condiciones personales que lo llevaron a cometer el delito, la gravedad de éste y su repercusión social, según lo indicado en la sentencia condenatoria.<sup>6</sup>

El Tribunal Constitucional estima a los beneficios penitenciarios como derechos subjetivos de los internos, ciertamente condicionados, porque su aplicación no

4 Ver TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Selección de jurisprudencia en materia penal – Primer Seminario del centro de estudios Constitucionales. Pelestra, Lima, 2005, pp. 112-114.

5 Artículo 139° de la Constitución Política de 1993. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 22. El principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad.

6 Sentencia del Exp. N° 13-97 "A" de fecha 14 de mayo de 1999.

procede automáticamente por el solo hecho de que quien lo solicita se encuentra privado de su libertad, sino que esta supeditado a presupuestos establecidos en la norma, los que aún si fueran cumplidos por el sentenciado no constituyen un factor decisivo para su concesión, sino que será decisivo para su otorgamiento la evaluación judicial de si el condenado se encuentra apto para ser reincorporado a la sociedad, habida cuenta que la justificación de las penas privativas de la libertad es la de proteger a la sociedad contra el delito.

Con relación al tema en análisis, es importante señalar que también el Tribunal Constitucional ha considerado que el uso del criterio de conciencia para denegar un beneficio penitenciario no significa una arbitrariedad, destacando que esta figura jurídica tiene una naturaleza distinta a la de un derecho

procesal (en donde basta el cumplimiento de los requisitos formales para su concesión), teniendo el interno como único mecanismo de protección ante ello la impugnación ante la instancia judicial superior.

En efecto, el supremo intérprete de la Constitución, en el tercer fundamento de la sentencia del Expediente N° 1181-2002-HC/TC, publicada el 14 de agosto del 2002<sup>7</sup>, señaló que si bien el Código de ejecución penal prevé el cumplimiento de ciertos presupuestos formales para su concesión, un beneficio como indica su naturaleza jurídica y a diferencia de los derechos procesales, puede ser otorgado o no sin que esto suponga un acto de arbitrariedad; antes bien, la resolución por la que se resuelve la petición podía ser impugnada para ser revisada por el órgano superior, ejerciéndose el derecho a la doble instancia.

---

<sup>7</sup> En donde el demandante consideraba que el juez que declaró improcedente su solicitud de semilibertad, había atentado contra su libertad individual, toda vez que había fundado su decisión en criterios subjetivos y personales ajenos a la normatividad legal de la materia.





PROCESAL PENAL

# El Derecho a la No Incriminación y la Intervención Corporal



Por  
**Williams Abel Zavala Mata**  
Juez Penal Transitorio de Ventanilla

**E**l Derecho a la No Incriminación, es una de las formas de defensa en el proceso penal; representa la posibilidad de rechazar o negarse a prestar declaración, cuya existencia se concibe sólo en tanto el imputado convenga a ofrecerla; "pudiendo elegir libremente entre hablar o callar, sin que la ausencia de su respuesta pueda interpretarse, de manera desfavorable. Y ello, no sólo frente a preguntas que pudieran comprometer su posición procesal –silencio parcial–, sino entendido de un modo total, pudiendo mostrar su negativa a sujetarse al interrogatorio en cualquier fase del proceso".<sup>1</sup>

Está íntimamente ligado al derecho al silencio, como expresión del derecho de defensa; éste derecho "no sólo es un simple derecho a no inculparse, o emitir declaraciones admitiendo la participación delictiva o el reconocimiento de conductas punibles, sino es la plena libertad de manifestación en cuanto a lo que saben o quieren expresar en relación con los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento. Puesto que, al no tener que declarar en su contra, se le está permitiendo dar una versión de los hechos que no les perjudique o, más aún, que pueda resultar provechosa para él, incluso con falta de sujeción a la verdad".<sup>2</sup>

A efectos de una mejor comprensión cabe tener presente que por declaración se debe entender "el ingreso de

información a través de una manifestación oral o escrita"; mientras que las intervenciones corporales practicadas contra la voluntad del inculcado, conlleva a una revisión del reconocimiento del imputado como sujeto del proceso siempre y cuando acepte voluntariamente ser registrado, por lo que se estaría convirtiendo en "objeto de indagación u objeto de prueba".

El Tribunal Europeo reconoce actualmente que estas intervenciones corporales no atentan ni contra la presunción de inocencia ni contra la garantía de no incriminación, ya que al mismo tiempo que este medio de prueba puede ser desfavorable para el imputado también puede serle favorable.

Las intervenciones corporales como el llamado "registro personal" o "cacheo" por el cual una persona es intervenida a fin de descubrir en su cuerpo o su indumentaria el objeto del delito o los instrumentos utilizados para su comisión se encuentran excluidas de este derecho a la no incriminación por cuanto se considerara, al cuerpo humano como objeto pasivo.

Lo que no justifica que pueda hacerse un uso irracional de este tipo de intervenciones que generalmente realiza la policía, sino que debe estar justificada por el presupuesto de la existencia de un delito flagrante, de otro modo se estaría violentando el derecho a la intimidad de las personas.<sup>3</sup>

1 REVILLA GONZALEZ, José Alberto: El interrogatorio del imputado, Tirant lo blench, Valencia, 2000, p. 35.

2 REVILLA GONZALEZ, José Alberto: El interrogatorio del imputado, p. 56.

3 DÍAZ CABIALE, José Antonio: "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre etc.)". En: Medidas Restricciones de Derechos Fundamentales, Consejo General del Poder Judicial Madrid, 1996, p. 80-84. Comenta además que en la legislación italiana se encuentra prohibida la inspección personal por la policía judicial, al no ser una medida de naturaleza provisional y que ésta sólo puede hacerse a través del Ministerio Público (art. 245 CPP).

Pero que pasaría en caso de que no se presente el requisito especial señalado en el párrafo precedente vale señalar la flagrancia, se estaría afectando el derecho a su no incriminación; ejemplo si una persona se niega a someterse al examen de ADN; dispuesto por el juzgador teniendo en cuenta la necesidad, proporcionalidad y el que no afecte la salud de la persona, se encontrará sujeta a efectos jurídicos como el inicio de un proceso por el delito de desobediencia a la autoridad (art. 368 C.P.)<sup>4</sup> y probablemente le genere un indicio.

En Estados Unidos la jurisprudencia ha establecido que las tomas de muestras de orina, sangre u otros fluidos que se lleven a cabo aun en contra de la voluntad de la persona son válidas.<sup>5</sup>

En España, las intervenciones corporales como los test alcoholométricos se encuentran permitidos dentro de los que se conoce como "diligencia policial de prevención" regulado por el art. 264 de la LECRIM constituyendo un acto de investigación. Se sostiene que el deber del sindicado a someterse a dicho test, deriva de un deber administrativo nacido de una norma administrativa. Se acepta además su inclusión dentro del artículo 363 de la LECRIM, equiparándolos a los análisis químicos permitidos para la investigación judicial.

En 1985 el Tribunal Constitucional Español en la STC 252/1984 definió claramente a la prueba de alcoholemia como una pericia técnica, donde no hay declaraciones autoinculpadoras. Señala la STC 103/1985 "El deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17,3 y 24,2 CE".

En el caso peruano el artículo 211° del Nuevo Código Procesal Penal establece "El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar un examen corporal del imputado para establecer hechos significativos de la investigación, siempre que el delito esté sancionado con pena privativa de libertad mayor de cuatro años. Con esta finalidad, sin sin el consentimiento del imputado, pueden realizarse pruebas de análisis sanguíneos, pruebas genético-moleculares u otras intervenciones corporales, así como exploraciones radiológicas, siempre efectuadas por un médico u otro profesional especializado. La diligencia esté condicionada a que no se tema fundadamente un daño grave para la salud del imputado, para lo cual, si resulta necesario, se contará con un previo dictamen pericial".

Al respecto cabe citar lo señalado por el Tribunal Constitucional Peruano en la Sentencia número 815-2007-PHC/TC, concretamente en las partes pertinentes de los Fundamentos Jurídicos números 9, 10 y 11:

9. Tal como se advierte, el nuevo Código Procesal Penal establece nuevos mecanismos procesales acordes con la realidad social existente, y que tienen como único fin la dilucidación de los hechos que son materia del proceso penal. En este sentido, las intervenciones corporales, como parte de esta gama de instrumentos innovadores diseñados por el legislador penal, constituyen actos de investigación que toman como objeto de análisis el cuerpo de la persona humana, a fin de adquirir convicción sobre un hecho controvertido necesario para la solución del caso. Asimismo, en la medida que dichos actos suponen la afectación de derechos fundamentales, es necesario que sean autorizados por el órgano jurisdiccional y emitidos en estricto respeto del Principio de Proporcionalidad.

10. (...) Los actos de intervención corporal suponen una restricción de los derechos fundamentales de los justiciables, siendo uno de ellos el derecho a la intimidad personal (consagrado en el artículo 2, inciso 7, de la Norma Fundamental). El contenido esencial de dicho derecho impide cualquier intrusión, así como toda invasión alteradora del derecho individual a la reserva, la soledad o el aislamiento, para permitir el libre ejercicio de la personalidad moral que tiene el hombre; al margen y antes de lo social [Cfr. STC. Exp. N° 6712-2005-HC/TC, Caso Magaly Medina]. Los actos de intervención corporal, de



4 "Artículo 368" del C. P. (modificado por el Art. 1° de la Ley N° 29439, publicada el 19 noviembre 2009)

El que desobedece o resiste la orden legalmente impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años.

Cuando se desobedezca la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de la libertad será no menor de seis meses ni mayor de cuatro años o prestación de servicios comunitarios de setenta o ciento cuarenta jornadas."

5 ESPARZA LEIBAR, Ifaki, El principio del Proceso Debido, Barcelona, Bosch, 1995, p. 88, nota 31.

conformidad con la sentencia N° 207/1996, expedida por el Tribunal Constitucional Español, vulneran este derecho en (...) razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se pretenda averiguar, una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal. En otras palabras, existe la afectación del derecho a la intimidad personal en la medida que las intervenciones corporales pretendan dilucidar hechos que pueden estar inmersos en la esfera jurídica íntima del justiciable.

11. (...) Al existir una restricción sobre los derechos fundamentales de los justiciables con la realización de los actos de intervención corporal, es necesario aplicar el test de proporcionalidad para determinar si la misma resulta legítima o puede ser justificada en el marco de un Estado de Derecho [Cfr. STC Exp. N° 0045-2004-AI/TC; Exp. N° 4877-2004-AA/TC, fundamento 26].

**Examen de idoneidad:** implica que la medida restrictiva del derecho fundamental debe ser adecuada para la realización del fin propuesto. En ese sentido, dado que los actos de investigación corporal buscan determinar hechos que son indispensables para el éxito del proceso penal, su objetivo último lo constituye el no dejar impune la comisión de un delito, y, en consecuencia garantizar el interés público en la investigación del delito, bien jurídico que en definitiva merece atención por parte del Estado. (...).

**Examen de necesidad:** supone que la medida adoptada por el legislador, para ser constitucional, deberá ser absolutamente indispensable para la consecución del fin legítimo, pues de existir una medida alternativa que, siendo igualmente idónea para conseguir el mencionado fin, influya con menor intensidad en el respectivo bien constitucional, entonces, la medida legislativa cuestionada resultará inconstitucional.

En ese sentido, no cabe duda alguna que los actos de

intervención corporal constituyen una intromisión grave en los derechos fundamentales protegidos por nuestra Constitución.

**Examen de proporcionalidad en sentido estricto:** el Tribunal Constitucional estima que, en los actos de investigación corporal, el grado de realización del fin de relevancia constitucional (que, como se mencionó anteriormente, lo constituye el interés público en la investigación del delito) es, por lo menos, equivalente al grado de afectación del derecho a la intimidad (que se realizaría en la medida que al tomarse dichos actos de investigación, se obtendrían datos que forman parte de la esfera jurídica privada del demandante). (...)

A modo de conclusión, cabe señalar que el derecho a la no incriminación entendida como el derecho del imputado de introducir en el proceso la información que considera conveniente; es una expresión del Derecho de Defensa, se ejerce con la inactividad del sujeto sobre el que recae o pueda recaer una imputación; quien no puede ser forzado o inducido a declarar contra sí mismo ó a declararse culpable; de otro lado, se debe tener presente que las intervenciones corporales, como parte de esta gama de instrumentos innovadores diseñados por el legislador peruano (Nuevo Código Procesal Penal), constituyen actos de investigación que toman como objeto de análisis el cuerpo de la persona humana, a fin de adquirir convicción sobre un hecho controvertido necesario para la solución de un caso concreto. Asimismo, en la medida que dichos actos suponen la afectación de derechos fundamentales, es necesario que sean autorizados por el órgano jurisdiccional y emitidos en estricto respeto del Principio de Proporcionalidad. Por último cabe resaltar lo señalado en el último párrafo del artículo 368° del C.P. en la que se prevee una sanción penal para las personas que desobedezcan la orden de realizarse un análisis de sangre o de otros fluidos corporales que tenga por finalidad determinar el nivel, porcentaje o ingesta de alcohol, drogas tóxicas estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú. Ministerio de Justicia. Séptima Edición Oficial, Febrero del 2008.
- Código Procesal Penal (D. Leg. 957) Ministerio de Justicia, Segunda Edición Oficial, Febrero del 2008.
- DÍAZ CABAILE, José Antonio. 1996, "Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre etc.)". En: Medidas Restrictivas de Derechos Fundamentales. Consejo General del Poder Judicial Madrid.
- ESPARZA LEIBAR, Inaki. 1995, "El Principio del Proceso Debido". Barcelona, Bosch.
- GONZÁLEZ CUELLAR, Antonio; HERNADEZ GUYANO, José J, PAZ RUBIO, José María, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; TOME PAULE, José. 1998, "Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado". Madrid, Colex, 10ed.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú recaído en el Exp N° 815-2007-PHC/TC.

# Los Alcances del Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-II6: Hacia la Instauration de un verdadero control de la acusación<sup>1</sup>

Por  
Miguel Ángel Girao Isidro<sup>2</sup>  
Lyceth L. F. Sánchez Ponce<sup>3</sup>



## I. Introducción.

En el presente trabajo tenemos por objeto describir los alcances del Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, la interpretación que los órganos jurisdiccionales le han dado a fin de contrastar si estos alcances son amparables por el ordenamiento jurídico a fin de definir cual es la correcta aplicación y contrastar si a través de este plenario se ha construido y definido la existencia de la etapa intermedia en el Actual Código de Procedimientos Penales (en adelante ACPP). Nos referimos solo al análisis del ACPP por que el análisis del NCPP será materia de investigación de un trabajo posterior mucho más amplio.

## II. Acuerdo Plenario N° 06 – 2009 / CJ-116

El citado acuerdo aporta principalmente en los siguientes aspectos:

- a. Establece que es imprescindible en cada causa el control jurisdiccional de la acusación, inclusive de oficio, en razón a que ésta debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos.<sup>4</sup>
- b. El marco del control solo debe incidir en los

aspectos de juicios de admisibilidad y procedencia, sin ninguna valoración de fondo o análisis probatorio.

- c. Para el control priman los principios de contradicción y tutela jurisdiccional efectiva.
- d. El primer análisis radica en el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación debe verificar (i) la precisión del petitorio, (ii) la suficiencia, claridad y precisión del fundamento de hecho y, (iii) que la tipificación indicada



1 A Miguel Pérez Arroyo, por su apoyo a la investigación.

2 Dirección Académica del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Asistente de Cátedra de Derecho Procesal Penal de la UNMSM.

3 Dirección Académica del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Asistente de Cátedra de Derecho Procesal Penal de la UNMSM.

4 Los subjetivos están referidos a la identificación exhaustiva del imputado y los objetivos están referidos a la fundamentación fáctica, jurídica y la petición determinada de pena, así como el ofrecimiento de los medios de prueba, contenidos en el artículo 225° del Código de Procedimientos Penales.

cumpla con la debida individualización. Si no se cumplen los requisitos devolverá la acusación mediante resolución motivada a fin que subsane las observaciones resaltaadas.

- e. El segundo análisis comprende el control de las instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez ejercitarlo de oficio se trata de los presupuestos procesales, referidos al órgano jurisdiccional (jurisdicción y competencia) y a la causa (excepciones procesales), el juez puede instar de oficio el trámite para su decisión.
- f. Señala además que instar de oficio implica propiciar judicialmente su **discusión** para su ulterior decisión.
- g. Finalmente, señala que toda intervención del tribunal no contemplada que impida el ejercicio de la acusación y el inicio del juicio oral, en razón a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP no esta legalmente permitida.

### III. Control de la acusación a partir del Acuerdo Plenario N° 06-2009/CJ-116:

#### 1. Definición de Conceptos:

- a. Establece que es imprescindible en cada causa el control jurisdiccional de la acusación, inclusive de oficio, en razón a que ésta debe cumplir determinados requisitos subjetivos y objetivos.<sup>2</sup> Como lo habíamos señalado el control antes era mecánico y solo bastaba el cumplimiento de los requisitos del art. 225° con lo que el sistema judicial estaba lleno de acusaciones vagas, confusas e imprecisas. No obstante, las partes estaban limitadas pues no podían hacer nada más. Con la vigencia del acuerdo plenario entramos a un sistema de obligatoriedad del control de la acusación, a fin de verificar que no se aplique a los justiciables la *pena del banquillo*.
- b. El marco del control solo debe incidir en los aspectos de juicios de admisibilidad y procedencia, sin ninguna valoración de fondo o análisis probatorio. Este control solo esta referido al cumplimiento de los requisitos del artículo 225° no pudiéndose controlar el fondo de la acusación es decir, no se puede realizar un análisis de suficiencia en términos probatorios de la acusación.
- c. Para el control priman los principios de contradicción y tutela jurisdiccional efectiva.- es decir, este control debe ser siempre con previo pronunciamiento de las partes, debiéndosele correr traslado de la acusación por un plazo en atención a la naturaleza y complejidad del caso.
- d. Elementos del control de legalidad: El primer análisis radica en el cumplimiento de los requisitos legales de la acusación debe verificar (i) la precisión del petitorio, que éste no sea confuso se debe componer por una premisa fáctica subsumida en un teoría jurídica y aportándose los medios probatorios de respaldo, los



que ayudarán a arribar a la conclusión, que se encuentra demostrada la subsumición; (ii) la suficiencia, claridad y precisión del fundamento de hecho, los hechos del proceso son inmutables, no pueden variar de lo ya establecido en el auto apertura de instrucción, la acusación debe narrarlos claramente, indicando quien realizo la conducta, ¿como?, ¿cuando?, ¿Dónde?, ¿A quien? Delimitando las circunstancias de modo, espacio, tiempo y lugar, e indicando el grado de participación y, (iii) que la tipificación indicada cumpla con la debida individualización; es decir se debe describir la conducta subsumida al tipo, no basta el sólo señalamiento de la norma que tipifica la conducta.

- e. Devolución de la acusación por "observaciones": Si no se cumplen los requisitos legales el tribunal devolverá la acusación mediante resolución motivada a fin que subsane las observaciones resaltaadas, antes no se contemplaba este supuesto. Es necesario, detenernos en el efecto que producirá ésta hecho, si bien la Sala no puede sobreseer una causa, por que lo correcto es que ante una acusación débil la sala considere que no hay merito para pasar a juicio oral y dicte el sobreseimiento, el hecho de devolverle la acusación, es un prejuicio a efectos que el tribunal tendrá presente que la acusación presentada "es débil" y aunque esta sea subsanada de todas maneras quedará en las mentes

**En el presente trabajo tenemos por objeto describir los alcances del Acuerdo Plenario N° 6-2009/CJ-116, la interpretación que los órganos jurisdiccionales le han dado a fin de contrastar si estos alcances son amparables por el ordenamiento jurídico a fin de definir cual es la correcta aplicación y contrastar si a través de este plenario se ha construido y definido la existencia de la etapa intermedia en el Actual Código de Procedimientos Penales (en adelante ACPP).**

del tribunal la debilidad de las imputaciones, con lo que la defensa deberá explotar las debilidades a fin de lograr una absolución.

- f. *El segundo análisis*; comprende el control de las instituciones procesales que el ACPP autoriza al juez ejercitarlo de oficio se trata de los presupuestos procesales, referidos al órgano jurisdiccional (jurisdicción y competencia) y a la causa (excepciones procesales), el juez puede instar de oficio el trámite para su decisión, lo interesante es que bajo éste supuesto se cumple una función esencial de la etapa intermedia: el saneamiento, ello en razón a que obliga que los jueces revisen si no existen vicios de competencia o jurisdicción, o sino se presenta una excepción procesal, debiendo resolverlas antes de iniciar el juicio, a fin de no llevar a cabo un juicio sin sentido, esto es muy interesante, por que antes cuando se presentaba una excepción ésta se resolvía generalmente con la sentencia, cuando lo lógico siempre era que se sanee el proceso antes de ir a juicio.
- g. *Señala además que instar de oficio implica propiciar judicialmente su discusión para su ulterior decisión*, éste es un punto que necesita de mayor análisis, ello en razón a la interpretación de este párrafo.

El plenario señala que los jueces deben de instar de oficio el control de legalidad y agrega que instar de oficio no significa actuar de sorpresa sino propiciar judicialmente su *discusión para su ulterior decisión*.

Es decir, que el control de legalidad debe ser respetando el principio de contradicción, por lo que se resolverá previa opinión de las partes. Este término de discusión genera varios inconvenientes, el término discutir según la real academia de la lengua española, discutir significa *contender y alegar razones contra el parecer de alguien*, es decir, implica un conflicto en el que cada parte alega sus razones respecto al tema en controversia y sin lugar a dudas una discusión es directa, es decir oral o verbal.

Teniendo claro, ello la pregunta que viene es la discusión en que escenario se realiza esta, evidentemente el mejor escenario es a través de una

*audiencia*, pues sólo la audiencia tiene las garantías a efectos de valorar una mejor discusión. Por lo que a nuestro criterio ésta palabra colocada en el acuerdo plenario abre las puertas para que con el ACPP se realice una audiencia de control de la acusación.

Lo que se discutiría en ella, evidentemente serán sólo los requisitos legales y los presupuestos procesales tanto del órgano jurisdiccional como de la causa.

Luego de escuchado el debate los jueces deben decidir, si devuelven la acusación o si declaran fundada por ejemplo una excepción, ello en forma alguna vulnera norma alguna, pues si bien no se ha estipulado normativamente la realización de una audiencia, teniendo en cuenta que en el ACPP la etapa intermedia está configurada como parte del juicio oral y estando a que los principios que estructuran un juicio oral son la oralidad, inmediación, contradicción y publicidad, en aplicación y al amparo de ellos, es viable la realización de una audiencia de control.

Debe tenerse cuidado evidentemente en la decisión que resulta de dicha audiencia pues no se puede confundir con la audiencia preliminar del nuevo código procesal penal, en la cual se pueden presentar ocho oposiciones y en donde se realiza un control formal y sustancial de la acusación, en el ACPP sólo se controla la legalidad y los presupuestos procesales, no puede discutirse el tema probatorio. No obstante, la oralidad nos permita hacer frente al tribunal que la defensa es fuerte y la acusación es débil o lo contrario con lo cual ambas partes ganan.

## 2. Análisis de la interpretación dada por los órganos jurisdiccionales:

A raíz de ello los diversos órganos jurisdiccionales interpretaron de diversas formas:

1. Algunos jueces tomaron nuestra posición de la discusión y fijaron una audiencia de control de la acusación<sup>6</sup>.- Este supuesto nos parece correcto ya que el plenario indica que cuando existe oposición de las partes bajo el amparo del incumplimiento de los requisitos legales o presupuestos procesales, se

6: Primera Sala Penal Transitoria de Lima Norte. Exp. N° 450-2008.

puede realizar una audiencia.

2. Otros por el contrario, pese a haber sido solicitado por las partes resolvieron por no fijar audiencia de control de la acusación<sup>7</sup>, no nos parece racional pues sólo la audiencia es un espacio que garantiza un verdadero debate y como ya se ha expuesto está amparado en nuestra normativa a raíz del título "actos preparatorios de la acusación y de la audiencia", conforme ya indicamos ésta etapa está normada como parte del juicio oral, haciéndose racional la instalación de una audiencia.
3. Y otros fijaron audiencia de control de la acusación y declararon en ella NO HABER MERITO PARA PASAR A JUICIO ORAL<sup>8</sup> por que entendieron que el acerbo probatorio resulta insuficiente, no nos parece plausible, en razón a que el plenario sólo dispone un control legal, no de fondo, por lo que es imposible controlar el material probatorio o la suficiencia de la acusación, aunado a ello, la norma en ningún momento ampara esta actuación pues el sobreseimiento se dicta sólo cuando el fiscal lo solicite, asimismo el mismo plenario señala en el fundamento 11° que *Toda otra intervención del Tribunal que limite el ejercicio de la*

*acusación e impida el inicio del juicio oral, en función a las características limitadas de la etapa intermedia en el ACPP, no está legalmente permitida*, por lo que la actuación de éste tribunal podría constituir un delito de prevaricato.

#### IV. Conclusión

La etapa intermedia con el ACPP, no esta legalmente reconocida el acuerdo plenario le da un estatus de existencia al regular el control de la acusación, pero como sólo lo limita aun control de legalidad, no cumple con las finalidades de la misma por lo que no podemos aseverar sus existencia independiente y autónomamente, por el contrario es reivindicada por el Nuevo Código Procesal, quien le asigna la función de control y saneamiento del proceso. Un verdadero modelo de la etapa intermedia es el regulado en el NCPP, pues permite que se cumpla una máxima del derecho procesal, más vale un culpable libre que un inocente condenado, y los errores e impunidad son imputadas al Ministerio Público sino sabe llevar y plantear su caso con responsabilidad.

<sup>7</sup> Sala Penal Nacional. Exp. 118-05.

<sup>8</sup> Primera Sala Penal Superior Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, con el exp. 450-2008





DERECHO DE FAMILIA

# El Régimen de Visitas y su Ejecución en los Procesos de Familia



Por  
**Sonia Nérída Váscones Ruiz**  
*Juez Especializada de Familia del Callao*

**E**l Derecho de Visita a los hijos, no sólo es un derecho deber del padre no custodio, sino un derecho del niño y/o adolescente, a fin mantener una relación paterno filial con el otro padre; implica compartir, estar, supervisar responsabilizarse por el desarrollo integral de nuestros hijos.

El aumento de separaciones o divorcios con hijos menores, relaciones de convivencia quebradas, la procreación de hijos extramatrimoniales con padres que no conviven se ha incrementado, produciéndose un sector de la sociedad afectada por las contingencias diarias de discusiones trasladadas al ámbito judicial, con el subsecuente incumplimiento del Régimen de Visitas, pasando meses y años para regularizar un vínculo y en ocasiones fracturando indefinidamente los vínculos filiales, pues a la falta de cumplimiento del régimen de visitas, se agrega la continua manipulación de los menores; para que el niño o adolescente rechace al padre, madre o familiares con los que no conviven, simulando una negativa por parte del niño o adolescente a acudir a los Regímenes de visitas.

En la práctica jurisdiccional se advierte como, el régimen fijado judicialmente o por conciliación extrajudicial que llegan a la judicatura en ejecución, se incumple por la constante e inmotivada práctica de los denominados "Obstructores de vínculo".

La Convención sobre los Derechos de los Niños,



en su Artículo 8 en los acápites 1 y 2, prescribe que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas; y cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

La normatividad nacional vigente protege a la familia, al niño y al adolescente, asimismo la identidad, la integridad psíquica, física y el libre desarrollo de la persona. Asimismo promueve la paternidad y maternidad responsable, reconoce que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.<sup>1</sup>

En el Código de los Niños y Adolescentes, se prevé que el padre que no ejerce la patria potestad, tiene derecho a visitar a sus hijos, para lo cual debe acreditar el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria; incluso este derecho alcanza a otros parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad. El Magistrado debe respetar los acuerdos de los padres pero debe priorizar el Interés Superior del Niño y / o Adolescente al señalar un régimen de visita, el cual incluso podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias en resguardo de su bienestar.<sup>2</sup>

El incumplimiento del régimen de visita, dará lugar a los apremios de ley y de ser el caso, puede peticionarse la variación de la tenencia en una nueva acción<sup>3</sup>. Los apremios ante el incumplimiento de las

resoluciones judiciales son: la multa hasta 5URP, allanamiento del lugar y detención hasta por veinticuatro horas<sup>4</sup>.

Vemos pues, que nuestro ordenamiento jurídico, le da a ese padre o madre que no puede estar, ver, visitar, comunicarse con su hijo, un catálogo de medidas coercitivas para "lograr ejecutar el régimen de visitas".<sup>5</sup>

La pregunta que debemos hacernos conforme a la realidad cotidiana que se ve en los Juzgados de Familia es: ¿Bastarán éstas medidas para que se cumpla el régimen de visita? ¿Qué pasa en aquellos casos en que el padre o madre no custodio no pretende o no puede solicitar la variación de la tenencia? ¿Que pasa luego que se le detiene al padre o madre obstructor del régimen? ¿Qué pasa con los niños y adolescentes involucrados en estas prácticas?

También se puede apreciar en algunos casos, que el padre se ve inmerso en situaciones especiales que requieren de límites temporales al régimen, como es el respeto por los horarios y las discusiones durante la entrega y recojo de los niños.

Debe considerarse, en consecuencia que el Régimen de visitas para los niños y adolescentes, es parte del Derecho que les asiste y que cumple con el ejercicio del goce de sus más elementales derechos como es el mantener comunicación, alimento, la salud, la educación y la vivienda.

Todas estas medidas que legalmente faculta al padre o madre que se ve impedido de ejercer este deber – derecho de la visita, vemos no son suficientes, sobre todo en una sociedad como la nuestra en la que la cultura de paz no se encuentra desarrollada; es por ello

1 Constitución Política del Estado 1993

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 6.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

2 Código de los Niños y Adolescentes: Artículo 88: Los padres que no ejercen la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos, para lo cual deberán acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si alguno de los padres hubiera fallecido, se encontrará fuera del lugar de domicilio o se desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

El Juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un Régimen de Visitas adecuado al Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y podrá variarlo de acuerdo a las circunstancias en resguardo de su bienestar.

3 CNA, Artículo 51: El incumplimiento del Régimen de Visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia, podrá originar la variación de la tenencia y tal declaración de se sujetarse al proceso previsto por el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes.

4 CNA, Artículo 181: Para el debido cumplimiento de sus resoluciones, el Juez puede imponer los siguientes apremios: a) Multa de hasta 5URP a la parte, autoridad, funcionario o persona; b) allanamiento del lugar; y c) Detención hasta por veinticuatro horas a quienes se resisten a su mandato, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

5 Exp. N° 703-98-10-JF.- Incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a los apremios de ley, en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia y tal declaración de se sujetarse al proceso previsto por el artículo 86 del Código de los Niños y Adolescentes.

Expediente N° 344-98 - Los padres que no ejercen la patria potestad tienen derecho a visitar a sus hijos. En el presente caso, no obstante que la madre señala que por el pélimo estado psicológico en el que se encuentran los menores, debido a los diversos conflictos que ha generado la separación conyugal, no se les debería imponer la presencia del padre que ha fallado a su hogar, al respecto la Sala opina que suprimir las visitas al padre sería ahondar la situación crítica de los menores que en este momento necesitan del apoyo de ambos padres, quienes deben deponer toda actitud hostil o de resentimiento. Así, las visitas del padre deben realizarse en forma normal a fin de que tanto los menores como el padre puedan ir mejorando las relaciones paterno-filiales deterioradas.

***Vemos pues, que nuestro ordenamiento jurídico, le da a ese padre o madre que no puede estar, ver, visitar, comunicarse con su hijo, un catálogo de medidas coercitivas para “lograr ejecutar el régimen de visitas”.***

necesario, desalentar el incumplimiento del régimen de visitas para niños y adolescentes y promover herramientas que ayuden a dar una solución verdadera a éste problema, no sólo judicial sino social, la cual debe estar más allá del recinto de un Juzgado de Familia, pues no se hace suficiente que el Juzgador buscando una solución deba ordenar que un régimen de visita se realice en el local del juzgado o en el Equipo Multidisciplinario, a fin de cautelar el derecho y deber del padre no custodio, del hijo o de la madre víctima de violencia, como en mi práctica jurisdiccional se ha venido implementando en busca de una solución, sin embargo esta medida no permite un ambiente adecuado, ni un horario mínimo necesario por las limitaciones de espacio, tiempo, infraestructura, entre otros. Por ello se requiere pues de buscar medidas creativas como se puede apreciar a ocurrido en España en que existen los llamados Puntos de Encuentro Familiar, que brindan a los padres y niños un lugar neutral donde desarrollar el régimen de visita, sin intromisiones de terceros poco deseable, pero sí con la intervención de profesionales especializados.

Se cubre con ésta posibilidad, una necesidad para el control de uno de los mayores dramas que sufren los hijos y padres no convivientes (Papá ó Mamá) y Abuelos, inmersos en las separaciones conflictivas con la metodología de la Obstrucción de vínculo, como estrategia para alejar a los hijos de toda relación con el otro padre (Papá ó Mamá) ó Familia extensa (Abuelos, Tíos, Primos, nuevos hermanos), y que lleva incluso a recurrir a un proceso penal.<sup>8</sup>

En estas Casas de Encuentro Familiar como puede llamarsele y a través de un Equipo Multidisciplinario de Ejecución, formado por Psicólogos, Asistentes Sociales, Educadores, que acompañen a las partes y los niños y adolescentes en la ejecución de la sentencia o conciliación y por un periodo de 6 meses como mínimo, se podrá restablecer la relación paterno filial, alejar las influencias negativas, obstruccionistas del otro padre o familiares, dar seguridad a los padres e hijos, evitar episodios de violencia, permitir detectar el síndrome de

alineación parental, que imposibilita el cumplimiento del régimen de visitas. A su vez da al padre o madre que tiene bajo su cuidado al menor, la seguridad y la adquisición de confianza en el otro padre al tener un ambiente no hostil, y seguro para la realización de la visita, pero que también cuenta con un ambiente adecuado acorde con la edad de los niños y adolescentes, juegos, dinámicas de grupo, que haga un ambiente más o menos familiar y cómodo.

El Equipo Multidisciplinario de Ejecución, tendrá la tarea de facilitar la visita al padre o madre, en un ambiente especial, en el que también intervendrán con una terapia grupal y / o individual, que abarque a los niños, adolescentes y adultos involucrados, a fin de poder entender la importancia y trascendencia del vínculo parental y restablecer o construir un vínculo sano, permite regular los estímulos emocionales, ser un tamiz, resguardar el derecho de menores, brinda seguridad.

Surge como consecuencia de lo señalado la pregunta ¿quién debe hacerse cargo de suministrar ésta herramienta a estos niños, adolescentes, padres involucrados? La respuesta es el Estado, él que como política social, debe mirar éste problema, no como un simple conflicto entre personas, sino como un problema social que a lo largo del tiempo traerá como consecuencia adultos con problemas emocionales, psicológicos graves, que no podrán dar más de lo que recibieron. De ahí la necesidad de hacer que los gobiernos locales y regionales tomen conciencia de sus obligaciones en la promoción del desarrollo, la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo. Estos tienen entre sus competencias aprobar el plan de desarrollo local concertado con la sociedad civil, administrar sus bienes y rentas, organizar, reglamentar y administrar los servicios públicos locales de su responsabilidad, desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de educación, salud, tienen a su cargo Programas Sociales, de Defensa y Promoción de Derechos y ejercen entre sus funciones, conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades<sup>7</sup>, por tanto es hora de poner en marcha a través de convenios interinstitucionales, éstas Casas de Encuentro Familiar, una alternativa cuya intervención tiene carácter temporal hasta la concreción de una relación que brinde o garantice la seguridad, estabilidad y busque la normalización del régimen de visitas al desaparecer las causas que motivaron el conflicto, luego de lo cual el régimen de visitas ordenado en la sentencia se ejecutará en sus términos. La intervención de la Casa de Encuentro Familiar, se hará en coordinación con el Juzgado de Familia correspondiente.

8 Expediente N° 01817-2009-PHC/TC

7 Ley Orgánica de Municipalidades 27972, Artículo 84: Programas Sociales, Defensa y Promoción de Derechos

# La Indemnización al Cónyuge Perjudicado Ex Artículo 345-a del Código Civil y el principio dispositivo



Por  
**Madeleine Hulefonso Vargas**  
Juez del Primer Juzgado de Familia de la C.S.J. del Callao

**E**l Tribunal Constitucional (sentencia recaída en el expediente N° 04800-2009-PA/TC, de fecha 5 de marzo de 2010) ha puesto en debate la naturaleza de la indemnización prevista por el artículo 345-A del Código Civil así como si ésta indemnización es de naturaleza rogada, consecuentemente, dispositiva. Los hechos de la sentencia aludida están relacionados a un proceso de divorcio por causal de separación de hecho seguido por don Juan Américo Isla Villanueva contra su cónyuge doña Marcela Carbajal Pinchi. En dicho proceso la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema resolvió conceder a la demandada una indemnización por daño emocional. El Tribunal Constitucional poniendo acento en el contenido del derecho fundamental a la debida motivación de las resoluciones judiciales y enfatizando la relevancia constitucional del tema, ha señalado en dicha sentencia que "... los órganos judiciales, pese a estimar la demanda del recurrente, ordenaron a su vez indemnizar a la demandada por daño emocional con el monto de *dos mil nuevos soles (S/ 2.000.00)* (...) todo lo cual hace presumir (...) que los órganos judiciales demandados habrían emitido resolución contraviniendo el principio de congruencia procesal; máxime si tiene en cuenta que la demandada (...) ni siquiera petitionó la indemnización por daño emocional toda vez que fue declarada rebelde en dicho proceso judicial...". También ha precisado que si se entiende que la indemnización ordenada viene a ser una consecuencia legal de la estimación de la demanda

de divorcio por causal de separación de hecho, dicha hipótesis, al parecer, no resistiría examen de constitucionalidad alguna dado que rompería el principio de que *"quién alega un daño tiene que probarlo"*, vulneraría la garantía de imparcialidad del juez, así como el derecho de defensa de todo demandante de divorcio por causal de separación de hecho". Por estas razones, sustancialmente, el TC ha ordenado la admisión a trámite de la demanda de amparo.

Por otro lado, en un pronunciamiento más reciente, el mismo Tribunal Constitucional (sentencia recaída en el expediente N° 05342-2009-PA/TC, 21 junio de 2010) al resolver el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Gerla Tangoa Parades contra la resolución de fecha 13 de agosto del 2009, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema Justicia, poniendo en relieve la relevancia constitucional del tema, ha señalado que en las resoluciones judiciales recaídas en el proceso judicial de divorcio por causal de separación de hecho seguido por don Benjamín Chog Rengifo en contra de la recurrente, "no se aprecia fundamentación alguna que **evoque** el cumplimiento del mandato establecido en el artículo 345-A del Código Civil respecto a la **obligación del juez de señalar una indemnización por daños u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal a favor del cónyuge perjudicado con el divorcio**; todo lo cual hace deducir a este Tribunal

Constitucional que los órganos judiciales que conocieron el proceso judicial subyacente habrían emitido sentencias contraviniendo el derecho de la recurrente a la debida motivación de las resoluciones judiciales”, por lo que revocando las decisiones impugnadas ha ordenado la admisión a trámite de la demanda de amparo.

En estos dos pronunciamientos resaltan tres temas relevantes que la judicatura nacional debe abordar en aras de la seguridad jurídica y la predicibilidad de las resoluciones judiciales. El primero está referido a la función del principio dispositivo y de rogación en el Derecho de Familia, y específicamente en los procesos destinados a tratar las crisis matrimoniales. El segundo está referido a si las medidas ex artículo 345-A del Código Civil constituyen una consecuencia legal de la estimación de una demanda de divorcio, esto es, si el juez debe pronunciarse de oficio sobre ellas o sólo deben ser pedidas por la parte. Y el tercero está referido a la naturaleza jurídica y función que cumple la indemnización por daños del cónyuge perjudicado como medida de protección en un sistema de divorcio objetivo, y si ésta indemnización debe ser o no analizada a la luz de las reglas de la responsabilidad civil como deja entrever la primera de las sentencias citadas, o es una medida distinta que debe responder a los principios básicos que deben estructurar la obligación de ayuda o soporte al cónyuge en el contexto de un sistema de divorcio objetivo y de una familia moderna.

En el presente artículo sólo abordaré el primer y segundo tema, aunque evidentemente ellos se relacionan con la necesidad de tomar cierta posición en relación a la naturaleza jurídica de la indemnización citada, aspecto este último que, sin embargo, excede el propósito de este artículo.

### 1. Sobre el Principio de Dispositivo:

La doctrina<sup>1</sup> señala que el fundamento del principio dispositivo no es otro que la naturaleza **privada** del derecho subjetivo deducido en el proceso y significa que: 1. La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante la petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o dejarlo ignorado o insatisfecho; 2. La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes, esto es, la determinación del objeto del proceso corresponde a las partes mediante la pretensión y la resistencia; 3. Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formuladas; 4. Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba.

La configuración del mencionado principio admite excepciones, pues en el proceso civil existen materias en las que aparece como determinante el **interés público**, en las que se configura un proceso civil no dispositivo,<sup>2</sup> tales como las materias vinculadas a las cuestiones de estado civil y condición de las personas, en las que la sociedad, y consiguientemente la ley, estima que no puede abandonarse al libre juego de los intereses privados, lo que determina la necesidad de una merma del alcance de aquel principio.

Uno de los rasgos característicos de las materias de orden familiar es que éstas afectan directamente al interés público, razón por la cual se reconoce el carácter imperativo de las normas del Derecho de familia, de por lo menos las disposiciones fundamentales que integran éste área del Derecho. A partir de ello se concibe que la naturaleza de las normas del Derecho de familia es de *ius cogens*, donde prevalece, en general, el sentido y significado de las normas de Derecho imperativo, frente al campo en el que puede desplegar su influencia la autonomía privada o la capacidad autonormativa de los interesados.<sup>3</sup>

En protección de aquel interés público, y como expresión de la merma del principio dispositivo en el ámbito del Derecho de Familia, los ordenamientos jurídicos prevén consecuencias en el plano procesal, tales como:

- a. La intervención del Ministerio Público (Por ejemplo: artículo 481 del C.P.C).
- b. La admisión restringida de soluciones autocompositivas, donde el proceso es el único medio posible para obtener la satisfacción del interés, de ahí que no resulta posible el allanamiento cuando el conflicto de intereses comprende derechos indisponibles (art. 332 del C. P. C.), entre otros.
- c. Se dispone la actuación de oficio del Juez, según lo previsto por el artículo 174 del Código de los Niños y Adolescentes.
- d. La consulta de las sentencias que declaran el divorcio, si no es apelada, salvo la excepción prevista (art. 359 del C. C.), entre otros.

Por otro lado, a nivel sustantivo no sólo nuestro ordenamiento civil sino la legislación comparada concede al Juez facultades de emitir pronunciamiento sobre las diversas consecuencias personales y patrimoniales que genera la separación o divorcio de los cónyuges, en relación a ellos y sus hijos. Así, el juez está obligado a decidir muchas cuestiones que atañen a los hijos menores aunque nada se le haya solicitado, o incluso dando más de lo pedido por las partes, y puede, incluso, decidir en contra del acuerdo suscrito por los cónyuges cuando perjudique gravemente a uno de ellos o no proteja el interés del menor, como prevé el artículo

579 del C. P. C. Es decir, en los procesos de divorcio, se determina un conjunto de reglas de obligatorio cumplimiento y otras de carácter facultativo para el juez y las partes, en el afán de garantizar el derecho de los cónyuges y en especial proteger el de los hijos menores de edad.<sup>4</sup>

## 2. La indemnización ex artículo 345-A del C. C. y las consecuencias legales del divorcio.

El divorcio y la separación de cuerpos son las formas que nuestro ordenamiento ha previsto como medidas para abordar las crisis matrimoniales. Hasta hace poco el legislador sólo había reservado su conocimiento a los jueces<sup>5</sup>, consagrando de ese modo un divorcio judicial, de modo exclusivo, en el que naturalmente se requiere el conocimiento de la intención de los cónyuges de poner fin a su matrimonio a través de un pronunciamiento judicial, basado en las causas legalmente establecidas. Desde este esquema, la mera voluntad de los cónyuges no basta para producir la disolución del matrimonio, sino que el divorcio ha de ser declarado por una sentencia judicial, la misma que no sólo ha de abarcar el exclusivo interés del cónyuge demandante que se manifiesta en la causal de divorcio invocada sino el conjunto de relaciones personales y patrimoniales que deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal. De ahí, que se ha previsto, por ejemplo, la acumulación de pretensiones y procesos (artículo 483 y 484 del C. P. C.) a nivel procesal, mientras que a nivel sustantivo ha plasmado normas como la determinación de la pensión alimenticia por el juez (art. 342 del C. C.), fijación del ejercicio de la patria potestad (art. 345 del C. C.), entre otros.

Tal previsión del legislador se fundamenta, como señalamos antes, en el reconocimiento de que en todo proceso matrimonial resaltan elementos no dispositivos, sino de "ius cogens", aunque la existencia de este tipo de normas imperativas en los aspectos fundamentales no conlleva la absoluta erradicación de la autonomía privada.

En el Perú no sólo la doctrina sino también la jurisprudencia no ha definido con claridad aquellos elementos de ius cogens presente en el Derecho de Familia, esto es, no ha abordado la tensión existente entre la general imperatividad de las normas de Derecho de familia y el limitado alcance de la autonomía privada, como si por ejemplo, ha ocurrido en España, cuando el Tribunal Supremo español en la Sentencia STC 120/1984, de 10 de diciembre, ha señalado que el proceso matrimonial «se dan elementos no dispositivos sino de ius cogens precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familia. No se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos de la Sentencia que ponga fin a la relación conyugal, apelando

entonces a los principios dispositivo y rogatorio del proceso civil"; mientras que en la Sentencia ATC 100/1987, de 28 de enero, al analizar una queja de incongruencia, ha señalado que: "...la incongruencia no existe cuando el pronunciamiento judicial versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la ley, el órgano judicial está facultado para introducir ex officio, esto es, sin necesidad de sujetarse rigidamente al principio rogatorio...".

La Corte Suprema en algunos fallos ha establecido que la indemnización por daños al cónyuge perjudicado debe ser pedida<sup>6</sup>, aunque con la casación n.º 1859-2009, de fecha 20 de octubre de 2009, fijando como principio jurisprudencial, ha señalado que corresponde al Juez emitir pronunciamiento de oficio sobre dicha medida, aun cuando no haya sido solicitado.<sup>7</sup> A partir de esto último podría asumirse que ésta figura conlleva una dosis de derecho imperativo, ius cogens, y no precisamente un carácter dispositivo del mismo, sin embargo, en la doctrina se ha señalado que la fijación de oficio de la indemnización resulta discutible por la naturaleza del derecho en cuestión, ya que dicha interpretación afectaría principios procesales que garantizan el debido proceso, tales como el principio de congruencia y el derecho de defensa del obligado a la indemnización.<sup>8</sup> En el caso español, por ejemplo, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria ha señalado que el principio de congruencia es de aplicación en relación a la pensión compensatoria, por ser ésta una medida de aspecto puramente económico que afecta exclusivamente a los consortes, pero no en lo concerniente a las medidas relativas a hijos menores de edad. De ahí que no son pocos los autores españoles quienes señalan que aquel derecho resulta renunciable por el carácter dispositivo<sup>9,10</sup>, aunque con las matizaciones que más adelante resaltaremos.

Evidentemente, abordar aquella tensión, no se resuelve con la vieja técnica de afirmar que la imperatividad es la regla y autonomía privada la excepción, sino, considero que, está directamente ligado a la función que cumple –o que debe cumplir– aquella medida denominada en nuestro ordenamiento como indemnización por daños al cónyuge perjudicado, que ha de regir las relaciones de los cónyuges después de la separación o divorcio, y que en la legislación comparada ha recibido diferentes nombres: pensión de alimentos, pensión u obligación de mantenimiento (Canadá), la compensación económica (Chile), la pensión compensatoria (España), entre otros. En cada uno de estos ordenamientos se viene estructurando la obligación de ayuda o soporte al cónyuge no como una sanción al incumplimiento de deberes conyugales, o como afectación a bien intencionados proyectos de vida conyugal, sino fundamentalmente como medida para la superación equitativa de las consecuencias económicas desfavorables que se produce para alguno de los

cónyuges, con la disgregación de la unidad familiar, en orden a la recuperación y tutela de los intereses individuales y familiares que permanecen a pesar y después de que se haya roto el vínculo conyugal.<sup>12</sup>

De ahí que no podría asumirse que la indemnización esté dirigida a satisfacer intereses exclusivamente privados, sino más bien tiene como función el de corregir determinadas situaciones de inestabilidad o desequilibrios que puede afectar a uno de los cónyuges tras la crisis matrimonial, dentro del esquema de un divorcio objetivo, en el que la culpa ya no es más el elemento asignador de consecuencias en el orden personal y patrimonial de las relaciones entre los cónyuges. Por ello, algunos autores señalan que el divorcio no es una fuente de daños, que existe libertad de divorciarse y que los daños y perjuicios producidos por el divorcio sólo pueden pretenderse en los casos de divorcios con atribución de culpa<sup>13</sup> y no en aquellos donde no hay atribución de culpa, pues no puede hablarse de factor de atribución de daños en divorcio por causales objetivas.<sup>14</sup>

En definitiva, la forma como las diversas legislaciones vienen regulando estas medidas, toman a esta figura más allá de un derecho exclusivamente disponible. Así por ejemplo, la legislación chilena prevé mecanismos que nos sugiere que la denominada compensación económica no involucra un interés estrictamente privado, pues dispone: 1. La determinación de la procedencia de la compensación económica por el Juez, a falta de acuerdo entre las partes;<sup>15</sup> 2. El Juez informa a los cónyuges la existencia del derecho a la compensación económica, durante la audiencia de conciliación, si es que no se solicita en la demanda. En esta misma línea, en España también no resulta del todo claro que el derecho a la pensión compensatoria no sea objeto de pronunciamiento de oficio por el Juez, por lo menos en ciertos casos. Así, la autora Moreno-Torres Herrera, señala que la renuncia tácita de la pensión compensatoria en líneas generales debe ser admitida, pero

siempre y cuando el sujeto con derecho a pensión realice actos que inequívocamente revealen la voluntad de renunciar. Esta es, entonces, la verdadera dificultad: decidir qué hechos pueden considerarse inequívocamente reveladores de la voluntad de abdicar. No creemos que lo sea el **no ejercicio de la pretensión en un proceso contencioso**, aunque si el silencio del convenio regulador (...), de tal manera que podrá considerarse subsistente el derecho, pese a dicho silencio, si queda demostrada la falta de voluntad abdicativa". Y, es por ello que la legislación española no deja al arbitrio de la parte poder reclamar ese derecho sino que obliga a quien acciona la separación o el divorcio a que se pronuncie sobre la pensión compensatoria<sup>16</sup> sea mediante el convenio regulador (cuando hay petición conjunta) o acompañando una propuesta de convenio regulador redactada conforme a ley (cuando la petición es unilateral).<sup>17</sup>

#### A manera de conclusión:

La confusión conceptual en torno a las medidas post divorcio de apoyo o soporte del cónyuge que en nuestro ordenamiento recibe el nombre de indemnización al cónyuge perjudicado no es privativa de nuestro país, sino de la mayoría de países, pues son múltiples las teorías que vienen esbozándose respecto a su naturaleza y fundamento, y múltiples los intentos de uniformizar los criterios para su determinación. De allí, que sólo la revisión de las bases teóricas que han sustentado la obligación de apoyo o manutención del cónyuge en un sistema de divorcio subjetivo como aquellas que se vienen esbozando en el marco de un sistema objetivo nos puede ayudar a aclarar los principios básicos que deben estructurar ésta obligación, sin perder de vista que el sistema de extinción de la relación matrimonial en el contexto actual debe garantizar la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad, y que el divorcio no puede ser entendida como fuente de daños.

1 Montero Aroca, Juan y otros. Derecho Jurisdiccional. Tomo I, Parte General. 2da Edición. Editor: José María Bosch. Barcelona, 1991. p. 512 y s.

2 Idem. p. 513.

3 Lesarte, Carlos. Principios del Derecho Civil. Derecho de Familia. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Soc. S.A. 3ra edición. Madrid, 2002. p. 11.

4 Cabello Matamala, Carmen Julia. El Divorcio en el Derecho Peruano. En: [http://www.cel.org.pe/pdf/diplomados/divorcio\\_derecho.pdf](http://www.cel.org.pe/pdf/diplomados/divorcio_derecho.pdf)

5 Según Ley 29227, "Ley del Divorcio en Municipalidades y Notarías del Perú" vigente desde el 14 de Julio de 2008.

6 Casación 2214-2003-Cajamarca; Cas. 709-2008-Lima.

7 Cas. 2413-2005-Lima; Cas. 952-2005-Ayacucho; 1512-2005-Lambayeque; Cas. 1762-2005-Lima; Cas. 1312-2005-Cajamarca; Cas. 1859-2009, entre otros.

8 Cabello Matamala, Carmen Julia. Op. Cit. P. 12

9 Sentencia de 2 de diciembre de 1987 (id Cendoj: 28079110011987100642)

10 Martínez Escribano, Celia. Comentarios del nuevo artículo 97 del Código Civil. En: Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de Julio, Editorial Lex Nova. Valladolid, 2005. p.204.

11 Moreno-Torres Herrera, Marta Luisa. La Pensión Compensatoria. En: La Reforma del Matrimonio (Leyes 13 y 15/2005). Coord. Julio V. Gaviria Sánchez. Marcial Pons. Madrid, 2007. p. 216.

12 Sentencia de 2 de diciembre de 1987 (id Cendoj: 28079110011987100642)

13 Medina, Graciela. Daños en el Derecho de Familia. 2da Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008. p. 79

14 Idem.

15 Artículo 64 Ley 19.947, Ley del Matrimonio Civil.

16 Código Civil: Artículo 86 (modif. Por Ley 15/2005): Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, la petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

Artículo 81: Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.ª A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro (...). A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

17 Artículo 90: El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá contener, al menos, a los siguientes extremos: (...). La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges (...).



# Implicancias del Principio de Igualdad en la Convención sobre los Derechos del Niño en relación al trabajo Infantil



Por  
**Margott Guadalupe Páucar Espinoza**  
*Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad Científica del Sur, Miembro de la Comisión consultiva de Derecho Procesal Constitucional del Colegio de Abogados de Lima*

Uno de los logros más importantes en lo que a reconocimiento y tutela de derechos de los niños, niñas y adolescentes se refiere, es la ratificación por parte de numerosos Estados de La Convención de los Derechos del Niño de 1989, la misma que constituye un verdadero Tratado Internacional que contiene normas de derechos humanos, las cuales han sido, en su mayor parte, incorporadas a los ordenamientos internos de los Estados Parte firmantes de la Convención. El Perú ratificó este instrumento jurídico el 3 de agosto de 1990 y las normas que en él se consagran tienen rango constitucional.

Esta Convención nace como un instrumento de imperativo cumplimiento, produciéndose de este modo un giro importante en relación a los documentos internacionales que le precedieron que no tenían tal carácter. No obstante, cabe señalar que en la Convención se contienen numerosos instrumentos jurídicos que aunque no tenga el carácter obligatorio, al ser incorporados a este instrumento ya adquiere ésta categoría. Así pues, las diversas resoluciones de las Naciones Unidas entre otros tienen ese carácter vinculante.<sup>1</sup>

Al aceptar las obligaciones que prescribe la mencionada Convención, los Estados que lo ratificaron se comprometieron a proteger y asegurar

los derechos de la infancia, aceptando además que se les considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional. En tal sentido, estos Estados tienen la obligación de normar, reglamentar y llevar a cabo todas las medidas y políticas necesarias con el fin de proteger y asegurar el interés superior del niño. Sin embargo, la actuación estatal no es la única con la que debe contarse, pues en la actualidad es necesario el apoyo de toda la sociedad en su conjunto, es decir, de la familia, las escuelas y en otras asociaciones e instituciones no gubernamentales que proporcionan servicios a la niñez.





Un aspecto importante que viene de la mano con la ratificación de la Convención es que la doctrina que se contiene en este instrumento internacional ha superado aquella etapa en la que los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes eran protegidos desde una óptica distinta al de los derechos humanos en general. Esto implica que, con esta Convención se ha llegado al entendimiento de que los derechos humanos corresponden a todos los seres humanos independientemente de su edad.<sup>2</sup> No obstante, perteneciendo los niños a un grupo humano especialmente vulnerable, le corresponden derechos concretos, dotándolos así de una tutela o amparo especial. De esta manera, al reconocerse que los niños son seres humanos, se deja de lado la postura que proclamaba que ellos son "objeto de protección", asumiéndose por lo contrario una postura más acorde con la doctrina de los derechos humanos, y en tal sentido se rescata su calidad de sujetos de derechos y obligaciones, es decir de titulares de los mismos. Se ofrece de este modo una visión del niño como individuo, miembro de una familia y de una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su etapa de desarrollo. En este orden de ideas, hay que manifestar que con la Convención se inicia una etapa en la que se reconocen los derechos de la

infancia, como parte del conjunto de los derechos humanos en general y dotados además de una protección especial (derechos de la niñez), disponiendo de este modo de mecanismos más efectivos para su protección. Así pues, lo que en puridad hace esta Convención es articular los derechos de un modo más completo, proporcionando además una serie de principios rectores que en la actualidad ya forman parte del conjunto normativo sobre la infancia.

Esta concepción, enmarcada en la doctrina de la protección integral de la niñez, ha permitido que el ordenamiento jurídico relativo a los derechos de la infancia dada por los distintos Estados se enmarquen en esta nueva concepción, la cual propugna que los derechos del niño derivan de su condición de persona, en consecuencia, el artículo 41 de la mencionada Convención establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios – nunca sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos para todas las personas.

Como se puede observar, la base filosófico-jurídico que subyace a esta nueva concepción sobre

los derechos de los niños, se centra básicamente varios principios los cuales a su vez se asientan en las diversas dimensiones del principio de igualdad y en su correlato el principio de No Discriminación a cuyo breve desarrollo vamos a dedicar las siguientes líneas.

Del texto jurídico de la Convención, se colige básicamente (aunque no exclusivamente) dos formas de entender el principio de igualdad jurídica que generalmente resultan recíprocas, al momento de promover la protección de los derechos del Niño. Antes de señalar estas dos formas resulta pertinente subrayar que los principios que se consagran en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos se aplican tanto a los niños, como a los adultos. Así pues, aquella doctrina aplicable contenida en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos es también aplicable a la Convención de los Derechos del Niño. El aspecto diferencial es que la normativa relativa a los derechos humanos de la niñez contiene adicionalmente alguna eventual adaptación de la misma según las necesidades en los titulares de los derechos, en este caso los niños.

#### **De una igualdad formal a una igualdad sustancial:**

Un primer aspecto de la igualdad hace referencia a la igualdad formal la cual pone el acento en la consideración de los niños y adolescentes como seres humanos iguales en dignidad a los adultos. De esta formulación se colige además que los niños están dotados de los mismos derechos que los adultos, por ello se ha dicho con razón que los derechos de la infancia son complementarios y no sustitutivos de los derechos humanos en general. Estamos pues ante el principio de igualdad formal, el cual implica la igualdad en el tratamiento normativo de los seres humanos en virtud de su igual dignidad, siendo por tanto iguales en sus derechos.

El segundo aspecto está relacionado con el principio de igualdad sustancial, en virtud al cual los niños gozan de una supra-protección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino que está fundada en la protección jurídica general. Esta mayor protección de sus derechos implica reconocer que se trata de un grupo humano que al poseer condiciones especiales (condición de menor de edad) precisa, debido a la mayor vulnerabilidad de sus derechos, de un mayor grado de tutela por parte de los poderes públicos. Así pues, más allá de los derechos que como ser humano corresponden al niño, los diversos instrumentos internacionales le reconocen el derecho a gozar de una "protección, cuidado y ayuda especial. Precisamente teniendo en cuenta tal

vulnerabilidad, los actos delictuosos cometido en contra estos reviste mayor gravedad.<sup>3</sup>

Análogamente a lo ello, la Convención consagra también la Cláusula de No discriminación que es el principio correlato del principio de igualdad. El art 2 de la Convención declara expresamente "la prohibición de toda forma de discriminación".<sup>4</sup> La amplitud del citado artículo permite incluir en él a múltiples formas de discriminación existentes y que una sector importante de la doctrina ha clasificado en discriminaciones directas consiste en una diferencia de trato peyorativa que conlleve a una exclusión o restricción en los derechos, en tanto que la discriminación indirecta se realiza a través de una práctica o medida que siendo formal o aparentemente neutra, posea, sin embargo, un efecto adverso sobre las personas sobre las que recae. Esta se manifiesta efectivamente, muchas veces, como una consecuencia de la aplicación de medidas neutras, debido a las diferencias estructurales que existen en la sociedad consistentes en medidas, usos, prácticas que, sin propósito discriminatorio alguno desfavorezcan en mayor medida a los niños y que carezcan de justificación.

Desde inicios de la década de los noventa se viene prestando cada vez más atención al tema del trabajo infantil. De ahí que se estén dictando normas y tomando medidas prácticas contra el trabajo infantil y la explotación de menores. Este mayor impulso por los derechos de los niños en relación al trabajo infantil cuenta con el decidido apoyo del gobiernos, organizaciones no gubernamentales, entidades religiosas, sindicatos, organizaciones de empleadores y organismos internacionales, entre otros muchos.

Los factores que influyeron en este giro en la política pública en relación a este ámbito son a) El aumento en la explotación de niños en diversos países del mundo. b) La preocupación por que los países que no se cifien a las normas universalmente aceptadas, en relación al trabajo infantil adquieren una ventaja comparativa en el comercio internacional, en detrimento de los que las aplican de una forma más estricta c) La importante voz de la opinión pública que en la actualidad se moviliza más vivamente por causas relacionadas a la derechos humanos en general y al derecho de los niños en particular.

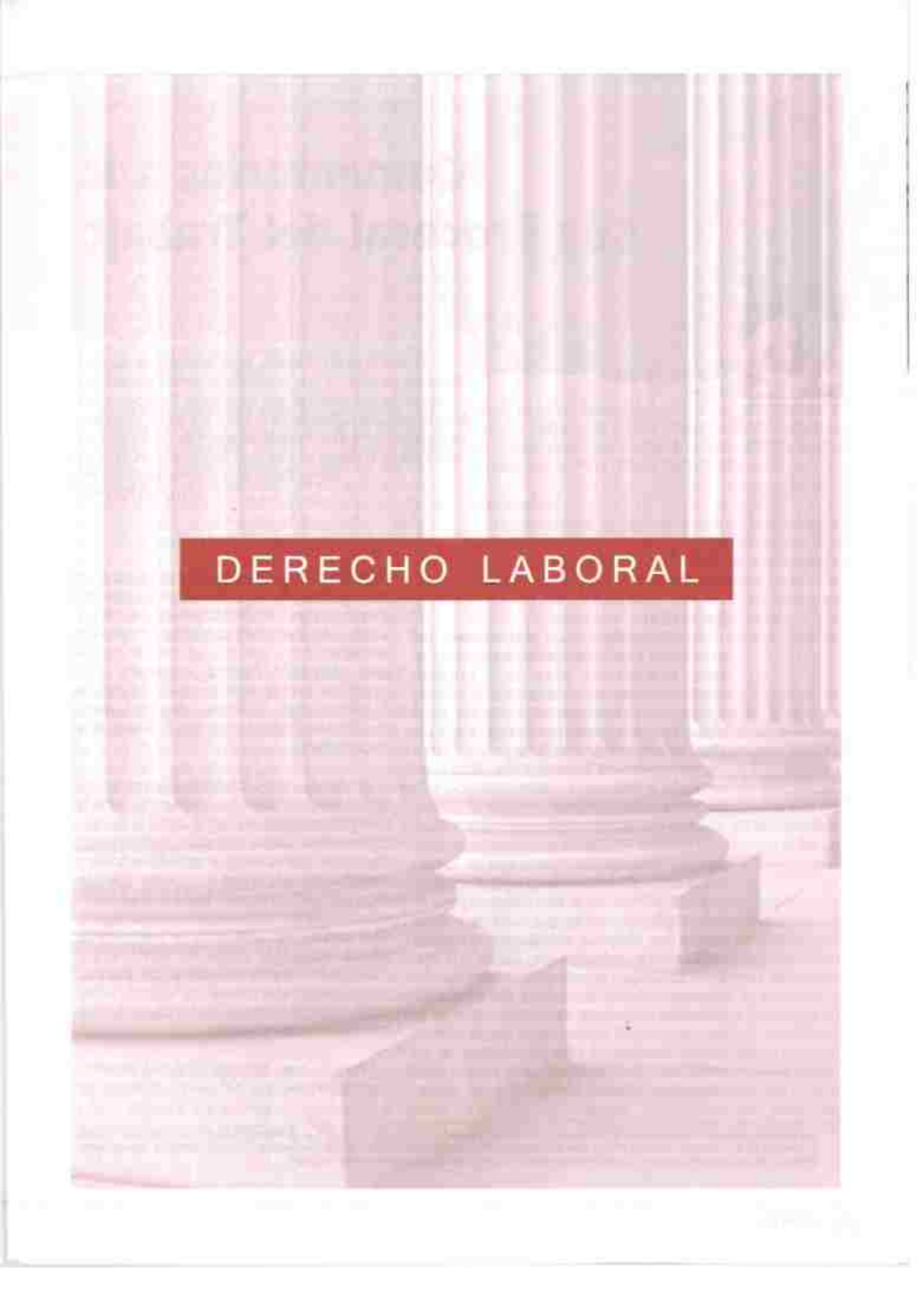
La promulgación de una legislación que especifique una edad mínima para la admisión en el empleo, que prohíba el trabajo de niños en tareas o actividades peligrosas y que a la vez lo reglamente cuando el trabajo resulte lícito, persigue objetivos evidentes y vitales. En primer lugar, contribuye a fijar

*Desde inicios de la década de los noventa se viene prestando cada vez más atención al tema del trabajo infantil. De ahí que se estén dictando normas y tomando medidas prácticas contra el trabajo infantil y la explotación de menores...*

ciertas normas a las que debe aspirar la sociedad y que pueden servir de marco general para la política correspondiente y de patrón para calibrar los logros y los resultados. Facilita, además, la adopción de unas normas universales y garantiza el cumplimiento y el respeto de determinados imperativos, enunciados en pactos y normas internacionales, en relación con la dignidad humana y los derechos humanos.

Con todo, la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en general y la lucha contra el trabajo infantil en especial, no se pueden llevar a cabo exclusivamente por medio de las normas jurídicas sean internacionales o nacionales, pues a ello debe añadirse el conjunto de políticas públicas universales por un lado y las políticas públicas especiales por otro lado. Las primeras están destinadas a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole que conlleven la satisfacción de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes; mientras que las políticas especiales van dirigidas básicamente a atender determinadas circunstancias que provocan situaciones de vulnerabilidad en determinados grupos de niños y adolescentes, se tratan pues de mecanismos encaminados a proteger a la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos y a ello estamos llamados de un modo u otro la sociedad en su conjunto.

1. La Declaración sobre la Protección de la Mujer en Estado de Emergencia o de Conflictos Armados, decidida en el año 1974, las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores o reglas de Beijing de 1985 y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y Bienestar de los Niños con particular referencia a la Adopción y a la Colocación en Hogares de Guarda, que son de 1986.
2. PIDCP Artículo 24 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. Artículo 25. DUDH 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social. Así mismo el PIDESC Artículo 10 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen en su apartado 3 que "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corre el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales queda prohibido y sancionado por la ley el empleo o sueldo de mano de obra infantil. Artículo 12 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental). 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños. Declaración americana de los derechos y deberes del hombre en su Art. Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales. Así mismo el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del Niño, establece que: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Todos los niños y niñas tienen los mismos derechos. Todos los derechos están mutuamente relacionados y tienen la misma importancia.
3. O'DONNELL, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, 2da. ed., Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988, pp 752.
4. El art 2 de la Convención establece en su inciso 1 que " Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales" Así mismo en el inciso 3 prescribe: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".



# DERECHO LABORAL

# Comentarios a la Ley Procesal del Trabajo



Por  
Juan Monroy Gálvez<sup>1</sup>  
Abogado

*"El cuadro de los derechos, especialmente de aquellos llamados sociales, se está modificando continuamente por las políticas cotidianas. Las dificultades financieras han determinado una reducción de la 'dotación' de los derechos, en general y para determinada categoría de ciudadanos. El resultado es el pasaje de una serie de situaciones del área de los derechos a aquella del mercado"*  
(Stefano Rodotà).

## Previsiones

### Prevención I

Probablemente el rasgo más intrínseco del proceso sea su instrumentalidad. Aquél, como se sabe, complementa y es parte esencial, simultáneamente, de un ordenamiento jurídico, cumpliendo la trascendente función social de procurar las herramientas que permitan a éste ser eficaz, en el sentido de permitir que los derechos o intereses materiales inciertos o discutidos –con contenido jurídico-social– sean reconocidos o cumplidos, respectivamente.

Y si la instrumentalidad es su rasgo esencial, la paradoja del proceso es que cumpla tal función desde dentro del ordenamiento jurídico, como ya se anotó. Afirmar que lo hace formando parte de éste, implica reconocer que tiene una doble calidad: ser parte del ordenamiento y hacerlo efectivo; ser su estructura y su función a la vez. Esta paradoja, no siempre advertida, ha determinado que muchos juristas, obnubilados por la función instrumental del proceso, pierdan la perspectiva de su importancia, lo que se advierte cuando desconocen aspectos mínimos de su estructura. Desinteresados en adquirir una información siquiera básica sobre él, suelen

consolarse afirmando que la ciencia procesal es un saber jurídico de segunda categoría. Algo así como podría ser la informática para las ciencias del espíritu, sólo una técnica para adquirir o compartir información con mayor rapidez, pero en ningún caso información científica cualificada. Esta voluntad de creer sin sustento –no el *Will to believe* de William James, por cierto–, viene produciendo en el Perú resultados desastrosos. Es el caso de la ley comentada.

Hoy en día, sólo a manera de ejemplo, resulta imposible encontrar una Constitución, estatuto normativo esencial de un Estado y de sus aspiraciones como sociedad políticamente organizada, que no tenga un capítulo dedicado a prescribir los fundamentos del proceso. Éstos se regulan allí porque tienen que ser, necesariamente, fundamentos constitucionales, de lo contrario, se contaría con un ordenamiento jurídico minusválido donde los derechos que sostienen la arquitectura matriz del proceso, pueden ser violados con relativa facilidad, lo cual podría ocurrir si su previsión normativa estuviese contenida en una ley orgánica.

Por otro lado, tampoco será fácil encontrar Constitución del siglo XXI que no contenga los

<sup>1</sup> Este trabajo no hubiera sido posible sin el apoyo del Grupo de trabajo de Derecho Procesal Civil, conformado por estudiantes del Quinto Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (Carlos Díaz Contreras, Juan J. Guerra Coael, Andrea Huerta Cáceres, Juan M. Loza Martínez y Daniela Morán Castillo). Sin perjuicio de lo cual, sólo el autor es responsable de los defectos que seguramente se encontrarán.

fundamentos de la tutela procesal de aquélla, es decir, de los instrumentos procesales previstos para asegurar que los derechos contenidos en el documento supremo de una sociedad política deban cumplirse ineludible y urgentemente, so pena de involucionar como grupo social. Resulta incontestable, entonces, la relación vital que existe entre Proceso y Constitución<sup>2</sup>.

El ocultamiento, tal vez inconsciente en algunos casos, de la importancia del proceso, es un fatal error del cual la clase jurídica nacional no termina de sacudirse, aunque la explicación a lo ocurrido tal vez sea más sencilla: la abulia y pereza mental de buena parte de sus miembros. Por lo demás, siempre será más fácil repetir lo que cualquiera dice sobre el tema que preocuparse, seriamente, por saber si aquello que se afirma es cierto.

Entre las consecuencias directas de este grave error de perspectiva científica está considerar que un subsistema normativo procedimental, referido a una determinada disciplina del derecho, puede (o debe) ser elaborado exclusivamente por especialistas en dicha área, quienes crearán que habrán cumplido con creces su función con sólo agregarle a su elaboración algunos aspectos normativos previstos en el Código Procesal Civil.

El resultado es un nuevo camino al infierno, empedrado de buenas intenciones, como suele ser aquél, pero funcionalmente ineficaz. Esto es lo que ha ocurrido, a grandes rasgos, con la Ley materia de comentario.

El comentario que contiene este trabajo evitará, hasta donde ello sea posible, detenerse en detalles puntuales<sup>3</sup>. Por esa razón, describiremos sólo aquellos aspectos que consideramos pueden afectar su empleo adecuado por los usuarios. Sobre todo, este trabajo aspira a convertirse en un manual de ayuda al juez por una razón especial: las omisiones o imperfecciones en los enunciados normativos pueden ser progresiva y adecuadamente solucionados cuando el Juzgador, al emplearlos, obtenga de ellos la norma jurídica idónea para el caso concreto<sup>4</sup>. Por otro lado, que la función correctora (en realidad interpretativa) esté a cargo del juez nos debe permitir, en perspectiva, utilizar aquello que en el *common law* se denomina el "efecto guía de la Jurisprudencia". En buena medida, la creación judicial del derecho.

Por lo demás, suscribimos la tesis de Mauro Cappelletti en el sentido de que la ley sólo es un producto semielaborado, el cual será perfeccionado cada vez que un juez lo emplee adecuadamente en un caso concreto<sup>5</sup>.

No es posible concluir esta prevención sin precisar que nuestros comentarios no presumen haber llegado a la verdad definitiva. Así, en ningún caso usamos el término "inadecuado" porque presumimos haber identificado el empleo correcto de un determinado concepto. Demasiado



tiempo se ha perdido en Sudamérica por no abandonar a tiempo la vieja tesis de la única "interpretación correcta de la ley". Situación que, por desgracia, ni siquiera ocurre ahora, transcurrida la primera década del Siglo XXI.

### Prevención II

Acostumbramos a usar el término "derecho" para describir la calidad que creemos tener o que alguien dice tener (o no tener) respecto de un bien o de una determinada situación. Así, le decimos a alguien: "¡No tienes derecho!" o afirmamos que "es su derecho". De una manera técnica, en cambio, nos referimos a "su derecho" como aquél que está reconocido a un sujeto por el ordenamiento jurídico, específicamente por la ley.

La diferencia de este ordenamiento con cualquiera de los otros (sociales, morales o religiosos) es que el mandato surgido de aquél se vuelve obligatorio, al extremo que puede ser exigible y pasible de sanción por su incumplimiento. Esta exigibilidad, llamada también justiciabilidad es, tal vez, el rasgo más propio del Derecho. Si hubiera otro rasgo, también exclusivo, sería que los mandatos jurídicos forman una jerarquía, de tal suerte que hay algunos más importantes que otros (una ley sobre un decreto supremo, por ejemplo).

Detrás de esta prelación se encuentra la consideración de que mientras más importante es un enunciado —la Constitución es la norma máxima en un Estado, por ejemplo—, más genérico es su contenido, razón por la que un ordenamiento jurídico necesita de enunciados normativos de menor jerarquía para que concreten su contenido y pueda ser empleado para el caso concreto. Si bien hoy no existe duda que la Constitución contiene enunciados vinculantes, sobre todo en su contenido mínimo esencial, con prescindencia de otros enunciados, también lo es que son precisamente los enunciados constitucionales los que requieren un desarrollo reglamentario por medio de disposiciones inferiores que, en tal calidad, la complementan.

La Constitución es, sin duda, un enunciado normativo único, sus rasgos son irrepetibles en las demás disposiciones del ordenamiento. En su parte dogmática, describe los derechos y garantías y, en su parte orgánica, diseña la organización del Estado. Al ser la "norma de normas", los derechos previstos en la Constitución ejercen una doble sumisión: una sobre todos los demás enunciados normativos y otra sobre todos los órganos estatales y particulares, quienes no pueden realizar válidamente ningún acto contrario a aquéllos.

En lo que aquí se ha descrito reside la complejidad del ordenamiento legal, un subsistema del ordenamiento jurídico: su desarrollo está limitado por los derechos constitucionales pero, a su vez, los órganos encargados (legislativos) deben proveer enunciados que permitan la plena eficacia de aquéllos.

Precisamente es este el tema clave para describir la función manipuladora del Derecho en los Estados contemporáneos emergentes, como el nuestro. Así, los órganos legislativos tienen varias alternativas para cumplir su función de complementar la Constitución: a) Desarrollar el enunciado constitucional de manera armónica con su contenido; o b) Desarrollarlo de manera contraria, con lo cual habrán creado un enunciado inconstitucional o c) No desarrollarlo.

Doctrinalmente se suele decir que las falencias del legislador crean dos tipos de defectos en el ordenamiento jurídico: antinomias y lagunas. Las primeras implican contradicciones con enunciados superiores o entre inferiores. Las segundas se refieren a la hipótesis c) del párrafo anterior, esto es, expresan la ausencia de desarrollo.

### El texto jurídico y su contexto histórico

Una visión puramente teorizante (autopoyética) del fenómeno jurídico podría consolarnos dándonos una respuesta abstracta, neutra y puramente conceptual respecto de los dos defectos antes citados. Y así, se puede afirmar que estos vicios sólo se deben a una deficiencia técnica del legislador. Dada nuestra calidad de receptores de un derecho importado y de un sistema económico impuesto, se trata de una conclusión absolutamente falsa, como pasamos a explicarlo.

*"No es posible concluir esta prevención sin precisar que nuestros comentarios no presumen haber llegado a la verdad definitiva."*

La formación de los Estados nacionales, surgida de los postulados del Iluminismo racionalista, expresa, a nivel jurídico, la incorporación del ideario liberal en las constituciones nacientes (la francesa y la norteamericana son estandartes de ella), todo esto a fines del siglo XVIII. Como sabemos, la esencia del liberalismo político es, con variantes poco significativas, la teoría del contrato. Las personas intercambian mercancías, bienes y servicios en base a acuerdos voluntarios. Para que esto funcione, es necesario un derecho que asegure certeza y previsibilidad en esas relaciones, y así, permita a todas las personas concurrir a un lugar ideal, el mercado, en donde, en condiciones paritarias, podrán negociar y asignarse valores de intercambio que asegure el bienestar de todos los involucrados. Esta concepción explica también el auge de los códigos civiles y comerciales, los cuales, expresando el ideal de las constituciones liberales, promueven la construcción de un sistema social que se sustenta en la autonomía de la voluntad y, sobre todo, en la igualdad jurídica. Para lograr ello, además, es indispensable que el Estado participe mínimamente (seguridad interior y defensa exterior) a fin que la "mano invisible" —citando a Adán Smith— pueda funcionar sin interferencias.

Por cierto, este esquema político-jurídico se extendió exitosamente por esta parte de América, prácticamente todos los Estados emergentes lo acogieron. Lo curioso es que muy pronto, la democracia y el liberalismo político pasaron a convertirse en instrumentos del capitalismo, sistema económico sustentado en dos dogmas: la propiedad privada de los medios de producción y una división internacional del trabajo, por lo cual se reconoce, como valor entendido, que hay países nacidos para servir y otros para ser servidos.

Para fines del siglo XIX, el capitalismo había llegado a su apogeo, la revolución industrial mostraba a una burguesía triunfante y, al mismo tiempo, una brutal explotación del trabajador, precisamente a quien producía la riqueza pero no la gozaba. Esto era posible por que las constituciones privilegiaban la vigencia de los derechos esenciales —como la igualdad, la libertad, la autonomía o los derechos civiles y políticos— pero los aseguraba sólo en su versión o esfera negativa, esto es, en la prohibición de afectarlos pero en ningún caso existían tutelas o garantías para afirmarlos.

El resultado de un sistema constitucional así descrito es evidente: al garantizarse que el Estado no iba a afectar los derechos citados y otras tantas manifestaciones de éstos, el resultado fue que se pasó a privilegiar la libertad individual de los ciudadanos, quienes además, como correlato del mismo sistema, eran iguales ante la ley. Con ello, se debió suponer que la amenaza planteada por el poder del Estado para dificultar que los ciudadanos espontáneamente alcanzaran el bienestar general estaba controlada. Fatal error: una sociedad fragmentada en clases alimentaba relaciones de desigualdad y explotación



sin que la Constitución y todo el ordenamiento jurídico pudieran enfrentarlo, al contrario, ambos consagraban tal estado de cosas con una neutralidad que, en términos prácticos, pasó a convertirse en impunidad.

Éste es el contexto en el que aparece la llamada "cuestión social" en todos los frentes (político, ideológico, económico), por supuesto también en el jurídico. En este ámbito se manifestó en la necesidad de alterar las claves del derecho privado, en tanto resultaba imposible seguir explicando las consecuencias sociales que producía la relación entre capital y trabajo con categorías tales como la autonomía de la voluntad, la libertad contractual o la igualdad de los sujetos ante la ley.

Las relaciones de trabajo no podían seguir siendo comprendidas como situaciones surgidas de contratos de servicios individuales. El dogma privado enseñaba que sólo los sujetos del conflicto podían participar en las negociaciones para su solución pero, dado que los resultados a partir de esa tesis eran catastróficos, resultaba evidente que la solución pasaba por reconocer que la cuestión laboral sólo se resolvería con la participación activa de otros protagonistas, específicamente el Estado y de los sindicatos. Para tal efecto eran indispensables los sindicatos como representantes de los derechos de los trabajadores, dotados además de instrumentos de autotutela colectiva, como la huelga. Por otro lado, el Estado debía funcionar como un mediador calificado que estuviese dispuesto a sancionar disposiciones que acogieran cláusulas mínimas en los contratos de trabajo, impidiendo modificaciones a la baja de éstas.

Pero el trabajo sólo era el núcleo de los otros derechos sociales que aparecieron a su alrededor, hasta formar un conjunto que diera origen al llamado Estado del Bienestar (*Welfare State*). Desde la perspectiva jurídica, lo trascendente fue la aparición de un derecho público que, en paralelo al derecho privado, tenía como materia a su cargo los derechos de los grupos desaventajados y, sobre todo, enfrentar las desigualdades promovidas por la igualdad formal reglada en las constituciones liberales, es decir, por el trato idéntico a personas desiguales. Así surge el constitucionalismo social, que tiene entre sus manifestaciones más reconocidas a la Constitución mexicana de 1917, la alemana (de Weimar) de 1919 y la española de 1931.

Después de ese período en donde inclusive los tratados internacionales, con jerarquía superior a las leyes nacionales por mandato constitucional, imponían la plenitud en la exigencia y eficacia de los derechos sociales, empezaron las malas noticias.

En el plano dogmático, de pronto, se empezó a especular si acaso no todos los derechos fundamentales deberían ser cumplidos y exigidos ineludiblemente, esto es, si tal vez no debía considerarse que existían algunos

*En lo que aquí se ha descrito reside la complejidad del ordenamiento legal, un subsistema del ordenamiento jurídico: su desarrollo está limitado por los derechos constitucionales pero, a su vez, los órganos encargados (legislativos) deben proveer enunciados que permitan la plena eficacia de aquéllos.*

derechos fundamentales cuya exigencia es plena pero otros respecto de los cuales la exigencia sólo debe consistir en darle al ciudadano un "acceso a la posibilidad de ejercerlos".

Se empezó a decir, de manera sofisticada— aunque en el fondo sólo era cicerona— que algunos derechos había que entenderlos no como normas jurídicas vinculantes, sino simplemente como principios o directrices para guiar la acción de los políticos. Es decir, aceptado que eran normas, se decía que sólo eran "programáticas".

Con aproximaciones de este tipo, se separó el ser y el deber ser de la Constitución. Por eso ésta sigue diciendo lo que decía antes, inclusive los tratados y convenios internacionales también, pero con un detalle: lo único que dejó de ser igual es el trato (maltrato en realidad) que empezó a recibir el trabajador<sup>6</sup>.

Y así llegamos a la actual estación. Ahora le hemos dado la bienvenida a la etapa histórica de los derechos sociales sin contenido. En efecto, estamos rodeados de construcciones jurídicas elaboradas para justificar un aluvión llamado Globalización, el cual, desde hace unos años, viene siendo soportado por Estados emergentes como el nuestro. Este tsunami ha significado en la práctica y para el tema en concreto lo siguiente:

- Una reducción de la función mediadora y activa del Estado que, regularmente, en tiempos de borrasca como los actuales sólo le basta comportarse como el gendarme que pone orden cuando las masas de trabajadores intentan— con sus mecanismos de autodefensa tradicionales— evitar su progresiva destrucción. Para tales ocasiones, el Estado le muestra al trabajador su lado punitivo, mientras disfraza su entrega con frases gaseosas y repetidas de memoria como "garantizar o incentivar la inversión extranjera" o "darle confianza al capital extranjero". Esto es neo-liberalismo económico expresado por el Estado como parte de una permanente y sistemática claudicación de su soberanía.

- Conductas como la descrita permiten, cómo no, una reducción de las tarifas y de los aranceles de los productos externos, con lo cual no sólo se genera una violenta desigualdad respecto de la posición en el mercado del productor nacional, sino que, en el plano que nos ocupa, se produce una precarización de los derechos laborales, todavía fundamentales según la Constitución vigente. Lo

aquí descrito se denomina flexibilización laboral, un título sofisticado para disfrazar las consecuencias del costo social de dejar desvalido al trabajador: duración precaria de la relación laboral, reducción de la contraprestación, eliminación de la negociación por rama para fragmentar la defensa gremial y, por supuesto, explosión malthusiana del número de desempleados, entre otras desgracias contemporáneas.

- Hace un tiempo la representación sindical no sólo se limitó al ámbito gremial sino se trasladó también al plano político, situación que, por lo demás, resultaba plenamente compatible con un sistema democrático. Este escenario se encuentra a la fecha absolutamente destruido. Más allá de algunos excesos en la dirección sindical, alguna cuota del desastre de la representación política nacional e inclusive la recurrencia de vicios deformantes de la democracia representativa como el transfuguismo, debe serle imputado a esta desaparición traumática del sindicalismo auténtico.

Es este el contexto jurídico (procesal y laboral), político, económico e histórico, en el cual se ha expedido la ley procesal laboral materia de comentario. Las reflexiones que a continuación se realizan nos llevará a determinar, entonces, si el legislador ha sido capaz de proponer un elenco normativo que empiece a modificar el escenario descrito o por lo menos a atenuar sus nefastas consecuencias; o sólo estamos ante una manipulación más en el ejercicio del poder, destinado a presentar como lozana y progresista una estructura normativa destinada sólo a mantener el actual estado de cosas.

### Titulo Preliminar

Un título preliminar, como bien se sabe, cumple, entre otras funciones, con ser el lugar en donde el legislador desarrolla las pautas orientadoras de su pensamiento filosófico respecto de la función jurídica y social que debe cumplir un instrumento normativo. Sin embargo, de la lectura del título comentado se advierte que, con poco éxito, se ha pretendido describir cierto número de principios del proceso y otros del procedimiento, sin que el legislador haya definido, previamente, el perfil ideológico que va a tener la ley propuesta. Suponemos porque considera que esta concepción del mundo está marcada por el derecho material —el laboral— al cual el proceso le sirve de instrumento.

Si esa fuera la razón para elaborar lo que se ha hecho, entonces aquí empieza el estropicio: desde hace mucho se asume como un valor entendido que la estructura no condiciona a la función, ni viceversa. Sin perjuicio que, para el presente caso, ni siquiera puede estimarse que el aporte del procedimiento al ordenamiento jurídico sea exclusivamente estructural.

Así, aún cuando pareciera que la Ley comentada se va a

adscribir a un sistema procesal publicístico, como lo hizo claramente el Código Procesal Civil, muy pronto se advierte una ausencia notoria: no está el Principio de Dirección Judicial. Nos referimos a aquel que permite colocar al juez encima de los demás sujetos procesales, con el fin de conseguir que se racionalice el curso del proceso y se privilegien aquellos actos que están dirigidos a resolver el conflicto de intereses con el menor costo y esfuerzo, en plazo razonable y buscando que los valores que están detrás de los derechos que se discuten se concreten en una decisión justa y eficaz.

Para el legislador del Código Procesal Civil, por ejemplo, tal principio es de tal importancia que lo coloca al inicio de su estructura normativa, a fin de dejar establecido que se trata de una de las líneas vectoriales para interpretar y concretar sus objetivos.

### Artículo III (primer y segundo párrafos)<sup>8</sup>

Este artículo pretende ser una prolongación del Artículo VI del TP del Código Procesal Civil<sup>9</sup>. Sin embargo, en un ánimo de intentar ser original en un tema cuya precisión terminológica resultaba imprescindible, el legislador ha terminado regulando situaciones que, en la práctica, van a ser de imposible cumplimiento. Nos explicamos.

Dice el legislador que los jueces deben procurar "*alcanzar la igualdad real entre las partes*". Esto es un compromiso que, además de utópico, es absolutamente ajeno a un juez. Éste, como bien sabemos, recibe en su Despacho, sobre todo en los procesos laborales, a sujetos en situaciones evidentes de desigualdad (económica, social, etc.), sin embargo, tal situación es un tema exógeno al proceso, es un sistema social injusto quien provee tamaña desproporción y por mucho tiempo más lo seguirá haciendo. A pesar de ello, el juez no puede ser el funcionario político que tiene la misión de redistribuir las posibilidades de los sujetos con capacidades dispares. Si así fuera, su actividad ya no sería jurisdiccional sino propiamente un acto de gobierno.

Lo que el Principio de Socialización le exige al juez es el deber de evitar que las desigualdades con las que los sujetos llegan a su Despacho sean las que definen el resultado del proceso. Como se advierte, en este caso el deber procesal del juez es conforme con su función y, lo que es más importante, plenamente realizable.

Pero lo descrito sólo es el comienzo. Luego el enunciado comentado incurre en dilates incorregibles. Así, afirma que para procurar la igualdad real el juez debe procurar privilegiar el fondo sobre la forma. Sospechamos que lo que el legislador ha querido decir es que el juez debe darle más importancia a la decisión de mérito sobre el aspecto procedimental que, por cierto, es muy distinto a decir "forma" y "fondo", en tanto uno y otro ámbito

corresponden tanto al tema de mérito como al tema procesal.<sup>10</sup>

Sin embargo, la preferencia a la cual se alude es un tema absolutamente distinto al Principio de Socialización del proceso. En efecto, tiene que ver con aquello que Mauro CAPPELLETTI<sup>11</sup>, citando a Morton G. WHITE, llama "la sublevación contra el formalismo", esto es, aquello que desde una óptica disciplinaria distinta, el padre de la Sociología del Derecho en Italia, Renato TREVES, denominó, "la revuelta contra el formalismo".

Luego se hace referencia a que los enunciados que regulan la validez del procedimiento se interpretarán "en sentido favorable a la continuidad del proceso". Como bien sabemos este Principio, llamado *Pro actione* o *Favor processum*, es también absolutamente ajeno al de Socialización que pareció insinuarse al inicio del artículo comentado.

Cuando aparentemente se podría entender que el legislador va a seguir refiriéndose a temas de avanzada en materia de protección de los derechos de los desaventajados, prescribe que los jueces: "observan el debido proceso". Con todo respeto, ¿existe algún juez a quien sea necesario recordarle, como si fuera una situación excepcional, que debe observar el debido proceso al tramitar y resolver un caso? Si los enunciados normativos se van a referir también a lo obvio se vuelven o infinitos o inútiles.

Tal parece que este artículo fue cubierto con todo lo que podría significar una tutela de los derechos sociales o de los desaventajados, un enunciado *tutti frutti*. Sin embargo, con una redacción como la que allí aparece es perfectamente válido concluir que la buena fe del legislador va a producir, desgraciadamente, el resultado contrario: si el juez no es el director del proceso, este amasijo de declaraciones incoherentes sólo van a maniatarlo, impidiéndole que cumpla con la trascendente función tutiva que tiene un juez cuando ejerce la tutela procesal de los derechos sociales<sup>12</sup>, como denomina la doctrina constitucional a aquellos que agrupan a los derechos de los desaventajados en una sociedad.

Por cierto, la frase que aparece al inicio del segundo párrafo es lo suficientemente abstracta y débil como para perfeccionar el error. Se dice que el juez tiene un rol

protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Bueno, ese es el Principio de impulso oficioso, aunque regulado de manera retrechera y ladina: decir que el juez protagoniza el impulso procesal carece de significado relevante, también lo protagonizan las partes, así que tal frase ni quita ni pone.

#### Artículo IV<sup>13</sup>

¿Qué resultado habrá querido obtener el legislador cuando le impone al juez el deber de juzgar de acuerdo con la Constitución y las otras normas vinculantes del ordenamiento jurídico, "bajo responsabilidad"? ¿Es tal el estado de la impartición de justicia en el Perú que resulta necesario prescribir que el juez laboral **debe** emplear la Constitución y las demás disposiciones del ordenamiento al momento de resolver un caso bajo apercibimiento?

Es curioso que una norma tan detallista en lo genérico deje de lado lo específico. Así, no se dice, por ejemplo, que el juez laboral debe resolver un caso atendiendo a los principios constitucionales que regulan la relación laboral y, además, el principio de primacía de la realidad, con toda la riqueza doctrinal y práctica que este último encierra.

Tampoco aparece el aforismo *lura Novit Curia*, cuya importancia en sede laboral no es en absoluto desdeñable. En un ámbito donde los trabajadores muchas veces carecen de medios para contar con asesoría o, cuando la tienen, ésta no es la mínima indispensable que se requiere para contrarrestar la entrenada razón de los abogados de los bufetes que asesoran a las poderosas empresas transnacionales, resulta indispensable la dirección acuciosa y diligente del juez a fin de impedir que groseras diferencias técnicas en la asesoría sean el fundamento de un resultado adverso para quien no tuvo asesoría jurídica o porque la que tuvo fue incapaz de discernir sobre aquello que tenía que pedir. Como es evidente, el asunto no se reduce a un tema cuantitativo respecto de la pretensión intentada, en cualquier caso el aforismo *lura Novit Curia* es mucho más comprensivo que tal aspecto.

Por lo expuesto, consideramos atendible agregar, en algún lugar del título preliminar o en este mismo artículo, un párrafo que diga: "El Juez adecuará el derecho que corresponda al caso concreto sin afectar el derecho de defensa de las partes, aunque no haya sido invocado por éstas o lo haya sido erróneamente".

#### NOTAS

2. "O vínculo ligazón constituição e procedi, que na época atual -como dissemos, já apontando de 'jós-moderniz'- se moche tão pronunciado, é uma decorrência natural do novum histórico instaurado pelo modernidade, no terreno jurídico-social: a consagração de vitoria na luta pela revolução e organização política pela redação de um texto constitucional, i.e. 'constitutivo' de uma nova ordem jurídica, um fenómeno que no ano em curso se tomou brevemente. O movimento histórico de positividade do direito, desvinculado pela félicidade de autoridade baseada no divino, implica a formação de um aparato burocrático cada vez maior para regulamentação de ordens jurídicas. Tanto a legislação, como a administração de 'res publica' e de justiça, necessitam de novos procedimentos dentro dos quais possam atuar atendendo aos novos padrões regulamentares do direito, baseados na racionalidade e no respeito ao sujeito, portador dessa faculdade."

A consecução desses valores, por sua vez, require a intermediação de procedimentos, para que se tome decisões de acordo com eles, sendo esses procedimentos, igualmente, estabelecidos

como respeto a iguales valores. O proceso ignora, então, como resposta à exigência de racionalidade, que caracteriza o direito moderno' (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Revista Procuradoria da Constituição. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, pp. 29 y 31*).

3 La ley, lamentablemente, se refiere a "instancia" cuando debió decir "grado", dice "sentencia no proferida", para referirse a la "primera de la competencia". Hace referencia a "juicio" cuando ha querido decir "julgamiento" o dice "insisten" con lo que conviene en activo un acto omisivo. Dice "representantes" cuando correspondía referirse a "apoderados". La lista puede ser larga pero definitivamente son los defectos materia de este comentario.

4 Se discute aquí una tesis que suscribimos: en nuestro opinión un enunciado, declaración o documento normativo como lo llama la filosofía analítica italiana (CAPPELLI, TARELLO, GUASTINI, COMANOUCCI, entre otros) es sólo el signo a partir del cual el operador jurídico - con preferencia el juez por la irradiación social que su función conlleva-, extrae el significado a través de la interpretación, con prescindencia de la definición que de este último concepto se deriva.

5 'La fiducia nel carattere meramente meccanico dell'applicazione della regola giuridica, se mai c'è stata, è da tempo venuta. Né questo significa incorrere negli eccessi del giuribonismo. Sappiamo infatti che nessuno di noi avrebbe difficoltà a fare propria l'affermazione recitata, per una un po' banale, di uno dei più conservatori fra i giudici della House of Lords britannica, secondo il quale "l'addossare il significato delle parole di una legge è chiaro a un uovo, non è compito dei giudici inventare fantasiose ambiguità al fine di non dare attuazione a quel chiaro significato". Ma noi tutti sapremo anche quanto spesso il linguaggio delle leggi sia tutt'altro che un modello di chiarezza, e come altre forme d'interpretazione, forme che vanno al di là di quella meramente verbale, debbano prevalere in una visione del diritto come complesso di norme viventi, o non come norma a parole isolate, immutabile, staccata dal sistema e della sua vita. E infatti, nessuno, credo, neghi dai membri di questa nostra Associazione di studiosi del processo civile, se che sono ben pochi i casi, specie tra quelli che raggiungono le corti superiori, che possono essere decisi sulle basi delle semplici lettere di un articolo di legge, o sulla base di una mera argomentazione di logica formale. Al contrario, quasi sempre un caso può essere visto da due o più angolazioni diverse, con conseguenza che possono variare anche nel giudizio di persone le più equanime e ragionevoli. I giudici, lungi dall'essere gli "essere immutabili" descritti dal MONTESQUIEU, sono al contrario uomini e donne che vivono, nelle grandi maggioranza dei casi, raggiungendo decisioni che non sono affatto "self-evidenti", e devono farlo sulle basi di scelte più o meno difficili, come sempre accade laddove ci sia spazio in materia di discrezionalità, ossia di libertà. "Ma che i giudici sono uomini" è quanto frase usata da CALAMANDREI per la introduzione tedesca dell' "Elogio del giudice", significa che il diritto non si rivela ai giudici quasi per magia divina; esso non si "rivela" ad essi, ma è deciso da essi. Se di esso i giudici sono "la bocca", o "la voce", essi sono però anche, in qualche misura, gli autori o coautori della sua realtà' (CAPPELLI, Mauro. *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1982, pp. 761 y 762).

6 En sede nacional hay un fresco que permite apreciar este tránsito en toda su perspectiva. En la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica hay un profesor de Derecho Laboral que ha formado varias generaciones de discípulos. Este profesor tiene una opinión íntima definida respecto de su especialidad. Queremos que ha elegido investigar y enseñar la relación laboral desde la perspectiva de los que la sufren con preferencia a los que disfrutan sus ganancias. Y por cierto sus discípulos se hicieron leales porque participaban de esa concepción. Sin embargo, con el tiempo la mayoría de ellos ha cambiado de lugar. Se podría pensar que sólo es el signo de los tiempos, aunque prefero recordar una frase de Galileo: "Perigosa especie la de los arremedados".

7 "Artículo II.- Principio de dirección e impulso del proceso.- La dirección del proceso está a cargo del Juez, quien lo ejerce de acuerdo a lo dispuesto en este Código. El Juez debe impulsar el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia. Están exceptuados del impulso de oficio los casos expresamente señalados en este Código".

8 "Artículo III.- Fortalecimiento del proceso laboral. En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, pero cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian al fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, atención estos deberes frente a la madre gestante, al menor de edad y la persona con discapacidad. Los jueces laborales tienen un rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso. Impiden y sancionan la inconducta contraria a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe de las partes, sus representantes, sus abogados y terceros".

9 "Artículo VI.- Principio de socialización del proceso.- El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso".

10 "La bipartición formal/real es el criterio más difundido y arraigado en la doctrina procesal y en la práctica forense de los últimos dos siglos. La razón de su éxito se centra en su simpleza y relativa utilidad: todo lo referente al acogimiento (o no) de la pretensión contenida en la demanda es fónico, todo lo demás es léxico. Sin embargo, las crónicas sustanciales de tal clasificación son evidentes. No sólo deja sin resolver problemas interpretativos fundamentales, sino que fatiga la realidad, mucho más compleja, del procedimiento" (MONROY PALACIOS, Juan José. *Admisibilidad, procedencia y ejecutividad en el arbitramento procesal civil peruano*. En: *Jus Doctrina & Práctica*. Lima: Grifey, Mayo de 2007, p. 167).

11 En todos sus expresiones, el formalismo tendía a ser el elemento de la lógica pura y mecánica en el proceso judicial, ignorando, en cambio, o desconociendo el elemento voluntarista y discrecional de la decisión. Característico, por el contrario, de todas aquellas revueltas -representadas por varios asuntos del pensamiento, como la sociológica/jurisprudencial y el legal reform en Estados Unidos, la Interessenjurisprudenz y la Friedensschlichte en Alemania, y el método de la libre recherche académique de François GENY y de sus continuadores en Francia- fue el reconocimiento del carácter fónico de la concepción, de tradición jurista y montesquiana, de la interpretación como actividad meramente cognoscitiva y mecánica y, en consecuencia, del juez como mero, pasivo, "ingenuo boca de la ley". Tesis escueltas de pensamiento subrayaron la autoridad de la letra de que el juez tuviera capacidad de "conocer" el derecho de manera no conflictiva, con los meros instrumentos de la lógica deductiva -y, por tanto, sin involucrar en esa comprobación su valoración personal- y tal criterio fue aplicado por ellos a todas las formas del derecho, tanto al derecho consuetudinario como al case law, al derecho legislativo así como a las constituciones sistemáticas. Demás está subrayar que todas estas revueltas condujeron al descubrimiento de que el papel del juez es, en efecto, muy difícil y complejo, y que éste es mucho más responsable, moral y políticamente, de sus decisiones de lo que imaginaron las doctrinas tradicionales. Decisión significa discrecionalidad, pero no necesariamente arbitrariedad, significa valoración y "balance", significa tener presente los resultados prácticos y las implicancias morales de la decisión misma; significa también el deber hacer uso no sólo de los argumentos de la lógica ordinaria, o acaso de un análisis lingüístico puramente formal, sino también, y sobre todo, de los argumentos de la historia y la economía, de la política y de la ética, de la sociología y de la psicología. Así, el juez no puede ascenderse tan fácilmente bajo la frágil espaldadera de una concepción del derecho como clara, objetiva norma preestablecida, en la cual puede basarse "trotativamente" la decisión. Su responsabilidad personal -moral y política, no menos que jurídica- está involucrada cada vez que existe en el derecho una apertura para una decisión distinta. Y la experiencia enseña que tal apertura está casi siempre, si no es que siempre, presente". (CAPPELLI, Mauro. *¿Jueces legisladores?* Lima: Comunitas, 2010, pp. 43-45).

12 Desde el punto de vista histórico, los derechos sociales están relacionados con el origen de la idea de "Derecho Social", que se sitúa en el último tercio del siglo XIX, y tiene lugar centrado en partir de la crítica del empleo de las nociones jurídicas típicas del modelo liberal a las relaciones entre capital y trabajo. De acuerdo con el modelo liberal, las relaciones capital-trabajo debían interpretarse a partir de las nociones contractuales y de responsabilidad del Derecho civil. Esto significa que, de acuerdo a sus visiones, las relaciones laborales constituían un contrato como cualquier otro, en el que dos sujetos en igualdad legal de condiciones pactaban libremente un intercambio de bienes: por un lado, la presta a disposición del patrón de la fuerza de trabajo por parte del trabajador; por otro lado, el pago de un precio -el salario- por parte del empresario. Por ende, se excluía cualquier factor ajeno a esta relación individual -como por ejemplo, la asistencia y presión de un sindicato, o la intervención estatal en las condiciones de un contrato-, presentándose como una interferencia indebida en la autonomía de la voluntad de las partes. De igual manera, se aplicaban a las relaciones laborales las nociones de responsabilidad típicas del Derecho civil: el empleador sólo debía indemnizar al trabajador si los daños sufridos por éste eran causados por la voluntad o negligencia del primero.

(...)

La lucha por la mejora de las condiciones de los trabajadores y la percepción de las distorsiones imponderables a las que lleva la aplicación de las nociones jurídicas típicas del liberalismo a las relaciones laborales condujeron al desplazamiento de ese modelo, y a su remplazo por uno novedoso, al que -fada su aplicación como respuesta al conflicto que entonces se denominaba "cuestión social"- se dio el nombre de Derecho Social. En este modelo de Derecho se abandonan varias de las premisas a partir de las cuales se estructuraba el modelo liberal que sujeta a los Códigos civiles. En primer lugar, se desplaza la centralidad de la noción de igualdad formal entre contratantes, para reemplazarla por la idea de desigualdad material, que da lugar a un trato diferenciado entre la parte más poderosa, es decir, el empleador, y la parte más débil, es decir, el trabajador. El reconocimiento de esta desigualdad material se refleja en una multiplicidad de disposiciones: presunciones y principios de interpretación a favor del trabajador, cláusulas protectoras que no admiten derogación por las partes, cargas patronales, etcétera". (ABRAMOVICH, Víctor y CURTIS, Christian. *El racional de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2006, pp. 11-13).

13 "Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral.

Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo las convenciones colectivas, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República".



# DERECHO JUDICIAL



Por  
**Francisco Chirinos Soto**  
Doctor en Derecho y Periodismo  
Socio del Estudio Chirinos Soto & Perotti

## La Reforma Judicial que el Perú necesita

**S**in respaldar totalmente la audaz y vigorosa tesis del célebre juez y político norteamericano Charles Evans Hughes, quien virtualmente sostiene una hegemonía del Poder Jurisdiccional sobre los otros órganos del poder público -"La Constitución y las leyes son lo que los jueces decimos que son" - no puedo dejar de apreciar la posición de relieve en que está ubicada la magistratura respecto de las otras funciones estatales, en cuanto es la encargada de limitar y contener los excesos, sancionar los quebrantamientos de la ley y garantizar, por encima de todo, la prevalencia del orden jurídico.

La distinción que recibo de parte de quienes conducen este órgano periodístico del Poder Judicial, para que aporte unas líneas extraídas fundamentalmente de más de media centuria de actividad profesional, la devuelvo con una exhortación al mismo tiempo respetuosa y crítica al propio Poder Judicial, a fin de que sus integrantes, en todos los niveles, adquieran plena conciencia del papel fundamental que cumple la administración de justicia en la vida nacional, y de la insatisfecha expectativa que todos los sectores sociales tienen depositada en el Poder Judicial del Perú.

En una época en que las encuestas se han erigido, acaso con alguna exageración, como los indicadores principales de los sentimientos colectivos, bien conocemos el grado de aceptación o confiabilidad de la ciudadanía respecto a la tarea cotidiana y difícil de administrar justicia. Las cifras en rojo son de enorme magnitud, lo que acredita una existencia de un sentimiento que, por lo demás, es perceptible sin mayor esfuerzo, en el sentido de que la opinión pública no tiene confianza en los jueces de su país.

Sin intentar profundizaciones sociológicas complicadas ni interpretaciones no menos enrevesadas, creo que se debe buscar las causas en las que se apoya el descontento. La más grave y notoria de todas es la morosidad del aparato judicial. Tengo información de lo que sucede en otros países, especialmente de habla castellana. En todos, es verdad, hay lentitud. Pero la del Perú no tiene ninguna que la supere. Especialmente la de Lima, que es el tercio a más de la administración de justicia del país. Pero algo semejante ya está ocurriendo en Arequipa, Trujillo, Chiclayo y otras grandes ciudades.

La solución no está en crear más juzgados ni en echarle la culpa de todo a la celebre "carga procesal". Los jueces del Perú deben ponerse las pilas y quiero seguir en este lenguaje coloquial. Trabajar a sus horas, cumplir sus horarios y desarrollar sus actividades completas a lo largo de la jornada. He ahí, amigos míos, la receta fundamental, que se las brinda un colega que aprecia su voluntad, su esfuerzo, su probidad. Pero que no siempre tiene oportunidad de apreciar su diligencia.

Y esta recomendación se extiende a todos los niveles, porque la congestión de causas se registra, precisamente, en las diversas instancias. Ignoro si habrá algún mérito especial en una Sala de la Corte Suprema, por ejemplo, en superar el número de resoluciones producidas por la misma Sala el año anterior, puesto que no tengo referencia alguna para establecer si este número era o no resultado de un trabajo adecuado por parte de sus miembros.

En síntesis, el Poder Judicial requiere darse a sí mismo un gran impulso hacia adelante en cuanto a la actividad diaria de todos sus órganos y todas sus instancias. El respeto riguroso a los horarios y al desarrollo de las audiencias dentro de las formalidades legales establecidas.

Quiero mencionar a continuación el tema de las notificaciones, que se ha convertido, y no creo exagerar, en el cáncer de la administración de justicia. Con todo el apoyo que brinda la tecnología moderna,

el sistema de notificaciones es un verdadero monstruo burocrático que ha venido a complicar, dificultar y enredar tanto una antigua y simple actividad procesal, que cualquier resolución expedida por un Juzgado a una Sala, que antaño tardaba menos de veinticuatro horas en llegar al estudio del abogado, en la actualidad esa actividad requiere alrededor de veinte a más días. Y la devolución del cargo correspondiente al Juzgado a Sala de origen tarda otros veinte días. En total, un decreto de mero trámite requiere de cuarenta días para su diligenciamiento.

Y mientras tanto, el doctor Javier Villa Stein, Presidente del Poder Judicial, a quien creo sinceramente empeñado en mejorar y dinamizar la administración de justicia, nos ha hablado ya de ir a un sistema de notificaciones vía Internet. Es decir, lo máximo en tecnología. Ya la burocracia se dará maña para no perder sus privilegios y seguir manejando, como lo hace hasta ahora, el sistema de notificaciones, a menos que se imponga una voluntad severa y radical de cambio. Pienso que sería preferible volver a las viejas prácticas de las notificaciones a mano, cuando los escribanos recababan cada tarde la firma de su juez para decretos, autos y sentencias, y al día siguiente estaban ya notificando todo ese material. No habrá, por cierto, fotocopiadaras ni ningún apoyo logístico como los que ahora existen. En todo caso, la implantación del sistema actual ha devenido en el más estrepitoso de los fracasos. Allí, con seguridad, se ubica uno de los aspectos más negativos en la marcha de la administración de justicia, por cuanto es directamente responsable de los otros problemas, tales como la enorme dilación de los señalamientos de audiencias.

La realidad ha determinado que procesos que deberían ser objeto de tramitaciones rápidas, de acuerdo a las previsiones legales correspondientes, como las acciones constitucionales, así como las causas de familia, los juicios de trámite "sumarísimo" - según la expresión literal del Código Procesal- se conviertan en asuntos de duración inacabable, que se prolonga por meses y años. Nada se diga, por cierto, de los llamados procesos de conocimiento, que únicamente para la admisión y notificación de la demanda, suelen requerir de varios meses.

No obstante la existencia de este panorama escasamente halagador, estoy entre quienes contra en una auténtica reforma judicial, generada al interior de ese Poder del Estado. Creo que las reservas intelectuales y morales de los jueces de mi patria están por encima de sus limitaciones y que todos ellos, en un movimiento de dimensión nacional, bajo el liderazgo y



*"En síntesis, el Poder Judicial requiere darse a sí mismo un gran impulso hacia adelante en cuanto a la actividad diaria de todos sus órganos y todas sus instancias. El respeto riguroso a los horarios y al desarrollo de las audiencias dentro de las formalidades legales establecidas."*

conducción de una Corte Suprema que, a su turno, dispone de un buen número de magistrados idóneos para asumir tal responsabilidad histórica, lieven adelante esa indispensable tarea de renovación.

En definitiva, el objetivo medular ha de consistir en el crecimiento del Poder Judicial, no en cuanto al número de Salas, tribunales y juzgados, sino especialmente en lo tocante a la eficiencia, rendimiento, responsabilidad y consiguiente imagen de los jueces. Porque la pérdida de la imagen es consecuencia de la pérdida de la fe y la credibilidad colectivas en el desempeño de la magistratura. Y el aumento numérico de los Jueces no garantiza la recuperación de tales valores.

"Ahi Va" como en el antiguo Caballo de Copas de la baraja española, mi optimista apuesta a favor de un cambio sustancial en la actuación del Poder Judicial, surgido desde su propio corazón y sus propias entrañas.





TEMAS VARIOS

# Ámbito de Aplicación de la Ley de Arbitraje

(Decreto Legislativo N.º 1071)



Por  
Mario Castillo Freyre  
Rita Sabroso Minaya

## 1. Ámbito territorial

Cabe señalar que, naturalmente, toda ley debe tener un ámbito de aplicación territorial, siendo —como no podría ser de otra manera— el territorio de la República del Perú, tal como se hace referencia en el inciso 1 del artículo 1.<sup>1</sup>

Es decir, la Ley de Arbitraje limita su ámbito de aplicación a aquellos procesos arbitrales en que el lugar del arbitraje se encuentre dentro de territorio peruano.

Entendemos que cuando se hace referencia al lugar del arbitraje, se está haciendo referencia a la sede del arbitraje, la cual —según González de Cossío—<sup>2</sup> retiene un papel importante al ser el vínculo mediante el cual se fija la competencia del derecho y tribunales que asistirán al arbitraje.

Yañez Velasco<sup>3</sup> sostiene que, desde un punto de vista eminentemente terminológico, «sede» era una palabra jurídicamente más apropiada que «lugar». Si bien esta última se viene utilizando

comúnmente en las leyes permitiendo una interpretación abierta, mientras que «sede» —de uso más restringido y en principio también más limitado en el espacio— muestra un significado relacionado con el concreto edificio en que se hace algo (la sede de una institución arbitral), lo que a diferencia del término «lugar» se acomoda poco al arbitraje *ad hoc*, donde el árbitro puede practicar audiencias y pruebas en un mismo lugar (una determinada localidad, por ejemplo, sin que propiamente aparezca una «sede»).

Thomas Clay<sup>4</sup> señala que la importancia de la sede del arbitraje es un tema controvertido, ya que es uno de aquellos raros temas que divide a los autores. Detrás de este tema existen claramente concepciones del arbitraje bien diferenciadas, las cuales se enfrentan: la primera es una concepción territorialista que considera que la sede es el elemento esencial de determinación del arbitraje, la segunda es una concepción universalista para la cual la sede no es más que un parámetro en medio de muchos otros.

<sup>1</sup> Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Bibliotecas de Arbitraje y de Derecho de su Estudio. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

<sup>2</sup> Rita Sabroso Minaya, Adjunta de Docencia de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaría Arbitral en diversos procesos *Ad Hoc*.

Por su parte, Maluquer de Motes,<sup>5</sup> comentando el inciso 1 del artículo 1 de la Ley de Arbitraje española, cuya redacción es similar al nuestro, señala que la utilización del principio de territorialidad tiene un doble sentido. El primero es querer expresar el significado normal de la expresión «eficacia territorial». O sea, la contraposición con la consideración de la eficacia personal. La ley no quiere plantearse las cosas desde el prisma del sujeto sino desde el prisma del lugar. Es éste el que determina la sujeción a la ley y no aquél. El segundo sentido del principio de territorialidad, es como límite de vigencia de la norma y como determinación del límite territorial de la misma ley.

Naturalmente, en el inciso 1 del artículo 1 de nuestra Ley de Arbitraje se deja a salvo lo que se haya establecido por el Perú en materia de tratados internacionales y en leyes especiales que contengan disposiciones sobre arbitraje.

Al respecto, Mantilla-Serrano<sup>6</sup> afirma que la Ley de Arbitraje cede, por una parte, frente a los tratados internacionales que versen sobre arbitraje, pero sólo cuando sean más favorables al convenio arbitral, al procedimiento arbitral o al laudo, y, por otra parte, siguiendo el principio de que la ley especial prima sobre la general, frente a las disposiciones sobre arbitrajes especiales.

Como podemos apreciar, si bien el criterio de territorialidad es la regla general, también se admite la posibilidad de que la norma se excluya y se dé preferencia a lo que se establezca en aquellos convenios internacionales en los que el Perú sea parte. Con este reconocimiento expreso se refuerza la eficacia de dichos convenios internacionales y se ratifica su validez.<sup>7</sup>

Así, frente a convenios internacionales, al igual que frente a leyes especiales, la Ley de Arbitraje deja de tener una aplicación automática para pasar a ser supletoria en caso de deficiencia o vacío.

## 2. Ámbito extraterritorial

Por otro lado, la nueva Ley de Arbitraje también señala que determinadas normas de la Ley, que están mencionadas en el inciso 2 del artículo 1,<sup>8</sup> son de aplicación cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú.

Sobre el particular, Maluquer de Motes,<sup>9</sup> comentando el inciso 2 del artículo 1 de la Ley de Arbitraje española (cuya redacción es similar al

nuestro), señala que el legislador ha querido evitar —al máximo— posibles dificultades en torno a la normativa aplicable al convenio arbitral y al procedimiento a seguir, pues entiende que el arbitraje como tal no ofrece diferencias sustantivas entre el interno y el internacional.

Aquí apreciamos ya una de las diferencias entre la ley peruana vigente y la ley derogada, y es que la actual Ley de Arbitraje se puede calificar como monista, en el sentido de que trata de dar una regulación uniforme o unitaria tanto al arbitraje nacional como al arbitraje internacional.

En efecto, la actual Ley tiene como novedad central el ser una ley principalmente monista, en la que se regula de forma conjunta el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, es decir, sin hacer las distinciones que sí hacían las leyes anteriores.<sup>10</sup>

Decimos principalmente, porque —en estricto— sigue existiendo un reducido grado de dualismo en la actual Ley. Prueba de ello es, precisamente, el listado de artículos contenidos en el inciso 2 del artículo 1, bajo comentario.

A entender de Cantuarias Salaverry,<sup>11</sup> uno de los cambios sustanciales de la nueva Ley de Arbitraje es el tránsito de una ley arbitral dualista —que contenía normas aplicables al arbitraje doméstico y otras al arbitraje internacional— a una legislación arbitral monista, que preconiza la aplicación de las mismas reglas a ambos tipos de arbitrajes, manteniendo, sin embargo, algunas pocas disposiciones aplicables al arbitraje internacional, en razón de su propia naturaleza.

No obstante su unificación en un solo cuerpo de preceptos, ambos tipos de arbitraje no deben ser confundidos. Aunque la mayoría de las disposiciones sean comunes al arbitraje interno y al internacional, existen —como veremos más adelante— preceptos adaptados específicamente al arbitraje internacional y a las exigencias de flexibilidad del comercio internacional.<sup>12</sup>



*Aquí apreciamos ya una de las diferencias entre la ley peruana vigente y la ley derogada, y es que la actual Ley de Arbitraje se puede calificar como monista, en el sentido de que trata de dar una regulación uniforme o unitaria tanto al arbitraje nacional como al arbitraje internacional.*

Asimismo, cabe señalar que este régimen monista es habitual entre todos los Estados que han adoptado la Ley Modelo UNCITRAL.

Hoy en día, como señala Mantilla-Serrano,<sup>13</sup> un régimen dualista, es decir, que regule de manera separada y diferente el arbitraje interno y el internacional, sólo se justifica si el arbitraje interno está teñido de particularismos propios de instituciones judiciales, si se desarrolla bajo la fuerte influencia del procedimiento local y si su práctica es reticente a la adopción de un sistema arbitral menos rígido y más adaptado a las necesidades del convenio. Bajo estas circunstancias, separar el arbitraje internacional del

arbitraje interno y dotarlo de un régimen específico es la mejor solución para asegurarle un futuro.

Sobre el particular, Merino Merchán y Chillón Medina,<sup>14</sup> sostienen que la cuestión radica no en contraponer monismo a dualismo, sino en ver de qué forma se extiende la concepción de un ordenamiento singular para el arbitraje internacional, con efectos derogatorios de normas del arbitraje común o doméstico.

Ahora bien, el inciso 2 bajo comentario es una excepción al principio de territorialidad, ya que son aplicables a los arbitrajes que se hallen fuera del Perú, las disposiciones que la Ley hace referencia; a saber: las de competencia en la colaboración y control judicial; las de contenido y forma del convenio arbitral; las de extensión del convenio arbitral, las de excepción de convenio arbitral, las de colaboración judicial, las de ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral, las de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Para concluir, debemos señalar que el citado artículo 1 de la Ley de Arbitraje es una norma que especifica la competencia de los tribunales, lo que viene a significar que ratifica el principio de territorialidad y, lógicamente, su voluntad de no hacer dejación del mismo.

1. Artículo 1.- «Ámbito de aplicación.

1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria.

(...)

2. GONZÁLEZ DE OSSIO, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 22.

3. YAÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 96.

4. CLAY, Thomas. «La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?». En: *Arbitraje Internacional. Tendencias Actuales*. Bogotá: Legis S.A., 2007, p. 193.

5. MALLUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. «Ámbito de aplicación». En: *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 31.

6. MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 38-39.

7. Entre los más importantes convenios suscritos por el Perú tenemos el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

8. Artículo 1.- «Ámbito de aplicación.

(...)

2. Las normas contenidas en los numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 8, en los artículos 13, 14, 16, 45, numeral 4 del artículo 45, 74, 75, 76, 77 y 78 de esta Ley, se aplicarán, aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú».

9. MALLUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. *Op. cit.*, p. 52.

10. Como sabemos, la derogada Ley General de Arbitraje contemplaba un sistema dualista. Sobre el particular, Cantuarias nos comenta por qué se optó por dicho sistema.

La primera razón era que las normas sobre arbitraje internacional fundamentalmente pretendían atraer hacia el Perú la práctica del arbitraje entre domiciliados en el extranjero. En ese sentido, resultaba mucho más sencillo para un domiciliado en el extranjero saber que nuestra ley reproducía prácticamente en toda su extensión la Ley Modelo UNCITRAL (la cual, al ser conocida mundialmente, permite conocer de antemano las reglas de juego), que tener que averiguar si las disposiciones particulares sobre arbitraje se acomodan a las necesidades de los potenciales usuarios extranjeros.

La otra razón fue que se tuvo en cuenta que era característico de las legislaciones arbitrales modernas el establecer para los arbitrajes internacionales reglas mucho más liberales que para los arbitrajes nacionales, ya que, a diferencia de estos últimos, en los arbitrajes internacionales es mucho menor el interés del Estado en cuanto a su resultado. (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007, pp. 160 y 162).

11. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Algunos apuntes acerca de la Ley de Arbitraje Peruana». En: *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º 10, Bogotá: Legis S.A., enero-junio 2009, pp. 26-27.

12. GONZALO QUIROGA, Marta. «Tratamiento del arbitraje internacional en la vigente legislación española de arbitrajes». En: *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2, Lima: Grilley, 2006, p. 356.

13. MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 24.

14. MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, tercera edición, p. 802.

# El juicio de la historia

## ¿Hasta que punto resulta válido sustraer de la condena de los tribunales hechos formalmente considerados aun hoy delitos?



Per  
Néstor Palomino Cotrina  
Abogado

“ Fue el veredicto de Dios” lo que una y otra vez se oía decir a la muchedumbre, que entre el ulular de las sirenas, los zumbidos de los aviones y los lamentos de los heridos, presurosos, removían los escombros del Volksgerechtshof o Tribunal del Pueblo Alemán, derruido por el más feroz bombardeo que los aliados hicieron llover desde el cielo de Berlín durante la Segunda Guerra Mundial.

Era el 3 de Febrero de 1945, no hubo tiempo de escapar, entre los escombros yacía el cuerpo inerte del juez presidente Roland Freisler<sup>1</sup>, quien entre sus manos cogía aun, el expediente judicial del procesado teniente Fabian Von Schalabrendorf<sup>2</sup>, este minutos antes del bombardeo, durante la audiencia, irreverente no le había mostrado respeto alguno a su juzgador, que irritado amenazante le dijo: “lo enviaría directo al infierno”, sin presagiar que sería él, y no su acusado, quien abruptamente partiría al viaje sin retorno.

Un año atrás, el juez Freisler había enviado a la guillotina a los estudiantes Sophie Scholl, a su hermano Hans y a otros estudiantes más<sup>3</sup>, ellos fueron sorprendidos distribuyendo panfletos contra la guerra. Condenó también a la horca al reverendo y líder religioso



El juez Roland Freisler (delante de la svástica y del busto de Hitler) durante una de las audiencias del Tribunal del Pueblo. Foto de Internet.

1 Exbolchevique, abogado, militar y político nazi. Durante el gobierno de Adolfo Hitler fue presidente del Tribunal Popular.

2 Salvado por la providencia, el acusado Fabian Von Schalabrendorf entre los años 1967 - 1975, integraba el Supremo Tribunal Constitucional de la ex Alemania Federal. Durante la guerra había pertenecido a la resistencia anti nazi. Minutos antes del bombardeo estaba siendo juzgado por el juez Freisler, acusado de colaboración con los conspiradores del fallido “Plan Valkiria” para derrocar a Hitler.

3 Integraban una de las células del movimiento universitario “La Rosa Blanca”, organización clandestina opositora al régimen nazi.

4 Simbólicamente fue absuelto por la justicia alemana a mediados de los noventa.



Estado que tras el fallido atentado para asesinar a Adolfo Hitler quedó la sala de conferencia de la "Guardia del Lobo" o *Wolfschanze*. (Foto de Internet)

opositor Dietrich Bonhoeffer<sup>5</sup>, a todos ellos, incluso al coronel Von Stauffenberg<sup>6</sup> que sin derecho a juicio fue ejecutado por colocar una bomba debajo de Hitler, la Alemania de hoy, como mártires, les rinde homenajes.

Fabian Von Schlabrendorff, los hermanos Scholl, el reverendo Bonhoeffer, y el coronel Claus Von Stauffenberg, tienen en común, haber delinquido según el ordenamiento jurídico penal de la época. El conspirador más notorio es tal vez Von Stauffenberg, causante directo de las muertes y lesiones de inocentes que circunstancialmente se encontraban reunidos con Hitler el día del atentado.

Sin mencionar el nombre del coronel Von Stauffenberg, ni la época en la cual ocurrieron los hechos, invité a algunos colegas para que integren un tribunal imaginario donde debían juzgarlo.

Como era previsible todos, al igual que el terrible juez Freisler, le decretaron sentencia condenatoria, para luego dudar de la contundencia de sus ficticios veredictos cuando les revelé el nombre del personaje, el contexto histórico y político en el cual ocurrieron los hechos y sobre todo que Von Stauffenberg, por el crimen que cometió, actualmente es considerado un mártir, en uno de los países con mayor desarrollo democrático, económico y jurídico, curia de los contemporáneos Gunther Jakobs y Claus Roxin, cuyas doctrinas inspiran el derecho penal de hoy.

No reprocho a mis colegas abogados sus valoraciones "estrictamente jurídicas" de los hechos, aun tratándose de Hitler, desde la perspectiva del Derecho, no resultaba válido pretender acabar violentamente con su vida.

El terrible daño que a terceros causó el atentado era previsible, ningún juez de la época e incluso en la actualidad, dentro o fuera de Alemania lo podría absolver, "el fin no justifica los medios", "ninguna muerte puede ser válida para un fin político", dijeron con justificada razón los penalistas, "no se

pueden tolerar acciones para subvertir el orden y menos en medio de una guerra exterior", acotaron los constitucionalistas y tienen razón, pero las posiciones "estrictamente jurídicas" adquieren relativa validez cuando se trata de acciones criminales enrevesadas con hechos sociales, políticos o históricos que por su magnitud o complejidad rebasan los parámetros del razonamiento legalista del abogado, del Derecho y de los tribunales, solo así se explica como es que Von Stauffenberg entre otros conspiradores más, gracias al veredicto de la historia pasaron de criminales sentenciados a mártires redimidos.

¿Hasta que punto resultaría válido sustraer de la condena de los tribunales hechos formalmente considerados aun hoy delitos?, ¿qué hacer en aquellos casos donde las conductas penales se mezclan con hechos sociales y políticos o fueron cometidos en momentos de grave convulsión social como los vividos en el Perú en los ochenta y noventa por causa de la violencia política?

Si la potestad de administrar justicia emana del pueblo, porque no pensar en la posibilidad que el pueblo, de manera restringida a ciertos temas, via referéndum, pueda perdonar a los sentenciados, en aquellos casos en los cuales el componente político o social rebasa la actuación de los tribunales de justicia.

No sostengo que los tribunales no deban juzgar, sin embargo concluido el juzgamiento, revelado y conocidos los hechos, el grado de participación, las circunstancias del evento criminal y resarcidas las víctimas ¿resultaría válido que el



Busto conmemorativo del coronel Claus Von Stauffenberg que se encuentra en el Centro Conmemorativo de la Resistencia contra el Nazismo en Berlín. (Foto de Internet)

<sup>5</sup> El 20 de julio de 1944 se encontraban reunidos en la "guardia del lobo" Hitler y su estado mayor. Stauffenberg logró colocar un maletín conteniendo explosivos debajo de la pesada mesa donde se encontraban desplegadas los mapas, uno de los asistentes tropezó con el maletín y lo movió hacia otra ubicación alejándolo de su blanco. La explosión no llegó a matar a Hitler que quedó herido. Poco después del atentado creyendo muerto a Hitler, los conspiradores pusieron en ejecución el Plan Valkiria, que consistía en tomar el control del gobierno germano a través del uso del ejército de reserva. El plan fracasó y los conspiradores fueron ejecutados.



# ENTREVISTA

# “La memoria es frágil”

Entrevista al Dr. Salomón Lerner Febres\*

Por  
Néstor Palomino Cotrin  
Abogado



*En el último mes de agosto se cumplieron siete años de la entrega del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional (CVR) que presidiera Salomón Lerner Febres (\*). Pese al tiempo transcurrido, no se ha valorado en su real dimensión, lo trascendental que puede ser para el futuro del Perú, el conocimiento de las causas de la violencia sufrida y lo que debemos hacer en el presente para que la tragedia no se vuelva a repetir. Ad Verbum conversó con el doctor Lerner sobre la violencia política y común, democracia y sobre la administración de justicia.*

**L**a pobreza es caldo de cultivo para prédicas violentistas. Las cifras oficiales nos indican un crecimiento sostenido de la economía, disminución de la pobreza extrema, incremento del empleo, mayores inversiones etc. ¿Considera usted que en tal escenario, es posible aun el surgimiento o resurgimiento de organizaciones que prediquen la conquista del poder a través de la violencia?

Siempre es posible ello en tanto persistan ideologías que

entienden la historia como lucha de clases y la violencia como medio ilícito para obtener el poder dentro de una sociedad incluso en sociedades menos pobres que la nuestra. Es verdad que en países menos favorecidos -y el Perú es uno de ellos- lo que usted indica es correcto, la pobreza es caldo de cultivo de la violencia, la pobreza es de alguna manera violencia, sin embargo yo no quisiera establecer una relación de causalidad entre pobreza, lucha armada y conflicto desatado, porque se ha acusado a la CVR de establecer un nexo de “causa-efecto” como si fuera un fenómeno

(\*) Abogado, ex Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Filosofía (con gran distinción) de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica) y Licenciado Especial en Derecho Europeo por la misma universidad. Anteriormente se graduó en Derecho (con mención sobresaliente) en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Además fue Becario en investigación post-doctoral para profesores universitarios en Alemania (Berlín, Colonia), y siguió estudios en la Academia Diplomática del Perú. Entre los cargos que ha ocupado a lo largo de su carrera destacan los siguientes: Vice-presidente de la Región Andina de la Unión de Universidades de América Latina (UDUAL); Miembro del Consejo Universitario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, hasta la fecha; Es investigador afiliado a la Universidad de Tokio; Miembro de la Asamblea Universitaria de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de 1984 a la fecha; Decano de Estudios Generales Letras de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Miembro del Jurado del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa del Perú; Miembro del Comité Electoral del Tribunal de Ética del Consejo de la Prensa Peruana; Presidente de la Unión de Universidades de América Latina (UDUAL). Fuente: [www.cverdad.org.pe](http://www.cverdad.org.pe)

(\*\*) Administrador juzgados penales de la Corte del Cuzco.



natural "allí donde hay pobreza, entonces por eso surge Sendero Luminoso como un fruto natural de la pobreza", se aprovecha determinadas condiciones donde la ideología puede prosperar, y donde la violencia puede tener apariencia de justicia y legitimidad. Yo quisiera decirte en síntesis que en nuestro país, al igual que en cualquier otro, encuentro más acentuado el asunto, si es posible el resurgimiento de la violencia en tanto subsista la pobreza y en tanto se confunda crecimiento económico con desarrollo, evidentemente el desarrollo es algo más que crecer.

**Desde su particular posición ideológica, algunos sectores nos dicen que este modelo económico incrementa la brecha social, no es redistributivo, no contribuye a la justicia social; ¿estamos encaminados en un futuro próximo o lejano a revivir el germen de la violencia en tanto el modelo no garantiza el desarrollo? ¿es correcta esta tesis?**

Yo la hallo de algún modo correcta; pero no solo en la época precedente y para el futuro. Desde antes apostar por el incremento de lo que pueden ser los ingresos de un país no asegura en modo alguno la justicia en la entrega de oportunidades y recursos a todos los miembros de la población. Creo que el modelo planteado, es un modelo que está de algún modo lejano de lo que sería una ubicación más equilibrada de lo que se llama en Europa la social democracia o incluso la economía social de mercado, allí el término "social", no es tomado como un insulto, no es asimilado de inmediato a comunismo, actitudes violentistas o de personas resentidas; porque las actividades de la sociedad como tal, y las organizaciones sociales tienen un valor inmenso; porque representan consensos de la población. Aquí desgraciadamente a veces se exageran las cosas, cuando hay un modelo ideológico dominante se le quita legitimidad a cualquier discurso simple y llanamente anatemiéndolos y dogmáticamente señalando que es violentista y subversivo, eso no le hace nada bien al Perú. Lo que nosotros tendríamos que buscar es que nuestra vida social tenga pesos y contrapesos; así como formal y estructuralmente hay pesos y contrapesos es lo que significa la democracia y la distribución de los poderes, legislativo que da leyes, un ejecutivo que las aplica, un judicial que controla la racionalidad de las leyes y de algún modo establece justicia para todos; así como, existen pesos y contrapesos, también los debe haber desde el punto de vista político, en todo sitio donde existió una ideología dominante, sea esta de signo de izquierda o derecha, lo que se han producido son abusos y reacciones contra esos abusos, los países de la órbita socialista se caen también por eso.

**En uno de los pasajes de su discurso de presentación del Informe Final de la CVR, usted mencionó (refiriéndose a la violencia política) que "tanta tragedia" no pudo ser posible sin la complicidad, la anuencia o la ceguera de la clase política quienes tuvieron autoridad y facultades para evitarla y no asumieron su papel. En la actualidad la población padece por falta de políticas de seguridad ciudadana y de control de la criminalidad, nos encontramos expuestos a la violencia común ¿estamos nuevamente**

**ante ese Estado, que una vez más no asume su rol de defensa de la población?**

Yo creo que sí, es un fenómeno reiterado que viene de antes. No quiero hablar de malas intenciones pero sí de indiferencia y negligencia; hay hechos sociales que corresponden a la patología social, de las cuales los primeros en darse cuenta tendrían que ser las autoridades a las que nosotros elegimos para prevenimos contra los resultados de esos brotes no controlados a tiempo. Más allá de las ideologías en todos los ámbitos de la sociedad vemos partididos, crímenes en razón de dinero, sicarios que no conocíamos, que más bien parecen ser una imitación o importación de Colombia; que ojalá, no esté en contagio con el narcotráfico. El hecho que las personas no tengan seguridad en sitios que uno debiera transitar con tranquilidad, todos hemos sido testigo que a una hora tan clara se producen atracos en plena avenida Javier Prado, el número de personas que yo conozco, incluyendo a mi señora y personas que trabajan por aquí, han sufrido asaltos a veces con consecuencias graves para la salud, esos son signos que deberían alertar, no solo para brindar mayores medios para reprimir el delito; sino, también medidas preventivas para que el delito no prospere y eso nos lleva nuevamente a la primera pregunta que me hizo. Hay zonas de pobreza donde la gente cruza simplemente la barrera entre lo bueno y lo malo muy fácilmente; porque no encuentran salidas oportunas en el trabajo, ni situaciones que les permitan ganarse la vida de manera legítima, eso evidentemente no justifica recurrir al delito, pero es una realidad. De otro lado es una realidad, que cuando se empieza hablar con razón o sin ella, que las grandes personalidades del país, las personas que son referentes sociales, se llenen una serie de sospechas de su honestidad o de su integridad; entonces, eso es un mal ejemplo para el común de las gentes, que a su modo y dentro de su nivel, a través del golpe y del asalto hacen lo mismo, a lo mejor pensando que este es un país donde se puede hacer eso sin pasarles nada.

**Tomando como antecedente a Colombia donde el M-19, se incorporó a la vida política ¿es posible en el Perú que las organizaciones como SL o el MRTA se las pueda incorporar a la vida política?**

No, yo en ese sentido, quiero reiterar aquello que se dijo en la CVR es un ¡no! enfático; porque esas no son en el fondo organizaciones políticas, ellas representan a juicio de la CVR y según pienso la anti-política; es decir, los postulados que ellos defienden son la muerte y la violencia como instrumentos para el cambio social, ellos no entran, no pueden ser admitidos dentro de la política, que es diálogo; que es justamente un ¡no! a la violencia que es el establecimiento de consensos, que es el dictado de las mayorías ¡ellos no!, tendrían que estar absolutamente proscritos.

**En el Capítulo 2.6 del Informe Final de la CVR, se analiza la actuación del sistema judicial, se indica que entre los años 1980 y el 2000, el sistema era ya ineficiente, y se menciona falta de independencia, deficientes recursos, morosidad, carga procesal, etc., pero a continuación también nos señala lo siguiente**



*"...falta de coraje para desafiar la amenaza de los poderosos que contrastaba con la negligencia en la atención de los reclamos de los más humildes..."; en lo particular pienso que esto último es mucho más grave; porque mientras lo primero revela carencias materiales, lo segundo revela ausencia de moral, estamos hablando de una justicia para el poderoso y otra para el pobre ¿considera aun válida esta tesis?"*

*"... si es posible el resurgimiento de la violencia en tanto subsista la pobreza y en tanto se confunda crecimiento económico con desarrollo..."*

Válida relativamente; porque, incluso, cuando se hizo esa afirmación no se está

indicando que la totalidad de los miembros o las personas que integran el poder jurisdiccional incurran en eso; sino que es una tendencia que viene desde muy antiguo y que es aquella, en la cual, a veces, la justicia en nuestro país no es ciega; sino, que abre un ojo y puede verse tentada a traicionarse ella misma estableciéndose determinadas diferencias en su aplicación, según la situación social o económica de las personas; pero más lejos que eso, más importante que eso, no se trata de justicia para una persona y justicia para otra en un mismo caso; sino de un defecto más profundo; la desatención que corresponde no solo al Poder Judicial, sino al Estado y al Poder Judicial como parte del Estado de una serie de colectividades peruanas, que tienen en tanto son peruanas (porque la Constitución así lo dice) el derecho de acceder a la justicia, que no pueden llegar allí porque en general la justicia y el Estado no llegan hasta donde debieran llegar. De pronto hay razones que lo expliquen; pero hay lugares en donde no hay ni siquiera jueces de paz no letrados. Es cierto, el otro día estuvimos hablando aquí también, en una conferencia de la Justicia comunal que se había reconocido. Hay que trabajar allí también, creo yo, y se debe evitar que las injusticias que se puedan cometer dentro de la aplicación de la justicia comunal, puedan ser atendidas por una instancia que sea conciliadora, comprensiva y razonable, como es el Estado y el poder jurisdiccional. Yo creo que los jueces han demostrado en muchas ocasiones mucha valentía y sapiencia; pero ha sido el trabajo más bien de ellos que del Estado.

*El tema del autoritarismo esta presente en América Latina, tenemos un caso reciente, el de Honduras, donde hubo Interrupción del orden constitucional ¿considera usted, que en el Perú, el Poder Judicial ha madurado como para ser un soporte,*

*un baluarte de resistencia democrática ante una eventual ruptura del orden institucional?"*

Yo creo que estamos en mejor pie que en el pasado; creo que en el pasado han sido pocos los pronunciamientos institucionales, si es que hubo alguno. Más allá de actitudes particulares de ciertos jueces, cuando el orden constitucional se ha roto, simplemente la autoridad, el poder que se ha impuesto los ha silenciado y los ha reformado de acuerdo a sus propias necesidades; así ocurrió con el General Velasco, de algún modo también ocurrieron una serie de cambios judiciales en función a sus propios intereses durante el gobierno de Fujimori. Creo que ahora hay un perfil más claro que ha ido adquiriendo el Poder Judicial, respecto a su independencia y de su propia voz en la sociedad, y eso no por labor de marketing, sino por algunos hechos judiciales, que a mi juicio, marcan transparencia, conocimiento y sentido de la justicia. Por ejemplo el juicio al ex Presidente Fujimori, ha sido una lección estudiada en todo el mundo, que ha tenido su primer efecto dentro del propio país; porque le está diciendo a todos aquellos que critican -a veces con fundamento- al Poder Judicial; que hay sectores del Poder Judicial y personas dentro de él, que actúan más allá de consignas (sesgos políticos, odios, amistades o enemistades) para simple y llanamente aplicar la ley de una manera razonable; entendiendo además, lo que es el debido proceso y el derecho a la defensa, esto creo que es importante y no deberíamos retroceder. Creo que partir de allí deberíamos seguir creciendo, en ese sentido la actitud última, no del Poder Judicial, sino del Poder Legislativo renunciando a sus fueros, dándole al Poder Ejecutivo facultades legislativas que han terminado en esos decretos legislativos, indican que lejos de seguir con ese buen ejemplo, estamos un poco retrocediendo en el desconocimiento de las leyes internacionales, en el sentido de una cierta visión complaciente, frente a lo que significa el poder, la fuerza, como así se auto titulan las Fuerzas Armadas, la fuerza frente a los civiles y eso se expresa también, en el Código de Justicia Militar, que de algún modo reclaman para sus fueros, cosas que deberían ser ventiladas en el ámbito civil ordinario; espero que esos decretos legislativos sean revisados y modificados; porque van a contracorriente de aquello que ha venido sucediendo.

*Quiere decir que así como se le exige al juez una sólida formación académica, también se debe exigir jueces con sólidos valores democráticos.*

Obviamente la justicia impera dentro de la democracia, allí donde no hay democracia, la justicia esta a la venta y se inclina más bien en función de quien tiene el poder. Existe esa especie de axioma, si la justicia quiere seguir siendo justicia en regímenes no democráticos, simplemente es avasallada, y lo que surge es un remedo de justicia.

*"... los postulados que ellos (SL-MRTA) defienden son la muerte y la violencia como instrumentos para el cambio social, ellos no entran, no pueden ser admitidos dentro de la política..."*

## II ENCUENTRO DE MAGISTRADOS Y TRABAJADORES DE LA C.S.J. DEL CALLAO



## II ENCUENTRO DE LA C.S.J. DEL CALLAO Y LA SOCIEDAD CIVIL





# PODER JUDICIAL

Corte Superior de Justicia del Callao